

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XXVI

Noviembre 1950

Núm. 270

---

## Las fluctuaciones en el valor de la moneda y el Registro de la Propiedad

### MOTIVO DEL TEMA

Paralelamente a la elevación del nivel de la vida y mejoramiento de las condiciones de existencia de la humanidad, se produce siempre un alza en el precio de las cosas que al hombre le son necesarias o meramente útiles. Esta innegable realidad lleva tras sí un evidente desequilibrio entre las disponibilidades dinerarias del individuo y sus necesidades materiales, puesto que la moneda reduce su poder adquisitivo en ecuación con el aumento que vayan alcanzando los precios de las cosas que con ella hayan de obtenerse. Este fenómeno, de sucesión constante en la historia de la economía, tiene períodos en los que la desproporción entre los precios y el valor en cambio de la moneda se manifiesta paulatina e insensiblemente. Mas existen otras de verdadera anomalía, tales como los de las grandes crisis creadas por las guerras, con sus devastadores efectos, o por las hondas conmociones políticas y sociales, que subvierten organizaciones y regímenes seculares para sustituirlos por estructuras de signo radicalmente opuesto. En estos períodos de anormalidad, la expresada desarmonía estalla súbitamente y se desenvuelve con vertiginosa celeridad.

En los tiempos modernos, acaso porque se generalice la creencia de que las futuras contiendas bélicas tendrán ya siempre mun-

dial extensión y asoladora actividad; tal vez porque vaya extendiéndose la idea de que así como las indicadas revoluciones políticas y económicas vienen produciéndose con alarmante y triste frecuencia es posible que, en lo sucesivo, sigan el mismo ritmo; y desde luego, porque el dinero en su función adquisitiva pierde suficiencia; por estos u otros motivos, es lo cierto que se ha pensado por algunos en dar realidad a construcciones teóricas y a fórmulas contractuales que dejen a salvo la moneda, mientras sea utilizable para su actual aplicación, de ulteriores eventualidades adversas. Que si esta previsión se ha manifestado esporádicamente desde muy antiguo, en los últimos decenios ha experimentado el incremento que pone de relieve la copiosa bibliografía, relativa a la materia, producida durante ellos.

## I

### ASPECTOS JURIDICOS DE LA PREVISION EN ORDEN AL VALOR DE LA MONEDA

En dos diferentes grupos pudieran comprenderse esas tendencias previsoras: A) El constituido por construcciones doctrinales que procuran sincronizar el valor de la moneda con el precio de las mercaderías, dentro del orden legal vigente, mediante normas interpretativas adecuadas a la varia naturaleza de la contratación y a los móviles que impulsaran a las partes contratantes. B) El formado por las explícitas declaraciones de voluntad de las mismas partes en el momento de establecer sus respectivos derechos y obligaciones.

#### *A) Criterios doctrinales de interpretación*

El alucinante problema monetario que en la post-guerra de 1914-1918 hubieron de afrontar algunos de los países beligerantes —Alemania muy especialmente—, hizo sentir la urgente necesidad de que los Tribunales de Justicia, sin esperar a que el Poder legislativo reformase el Derecho entonces vigente, interpretaran ese mismo Derecho inspirados en indeclinables principios de equidad que concordasen con la triste realidad el cumplimiento de las obligaciones

dinerarias pendientes. Dicha necesidad motivó un florecimiento de los estudios jurídicos sobre criterios de interpretación, aplicados a la depreciación monetaria, encaminados a evitar la lesión unilateral de los intereses en pugna. Y, al efecto, se construyeron diversas teorías, entre las cuales destacan la de la *imprevisión contractual o cláusula rebus sic stantibus*, de la *presuposición*, de la *base del negocio jurídico* y de la *base del contrato o de equilibrio de intereses*.

\* \* \*

La cláusula *rebus sic stantibus* es de tan viejo abolengo que, en opinión de bastantes autores, fué ya expuesta por Cicerón y por Séneca, admitida en algún texto del Derecho romano, generalizada en el Derecho canónico y en los glosadores y formulada como precepto legal en el Código bávaro de 1756 o *Codex Maximilianus* (citado por Candil), en cuanto disponía que todas las convenciones llevan implícita la cláusula *rebus sic stantibus* y devienen ineficaces cuando se produzca alguna alteración difícilmente previsible y de tal naturaleza que si el deudor la hubiese previsto no habría contratado.

Según esta teoría —y ya se deduce de la cita anterior— las obligaciones nacidas de los contratos —de los de tracto sucesivo o de ejecución diferida, nunca de los aleatorios— únicamente serán exigibles en su totalidad mientras las circunstancias que concurren en su celebración se mantengan esencialmente invariables, que si experimentan alguna mutación imprevista que haga excesivamente onerosa la prestación de cualquiera de los contratantes, el contrato debe ser rescindido o modificado, según los casos, para evitar el daño lesivo de alguno de aquéllos.

Una versión más o menos directa de esta teoría se nos ofrece en algunos artículos (1.129, 1.467, 1.484, 1.502, 1.503 y acaso algún otro) del Código civil español que, en cambio, es abiertamente rechazada en los artículos 1.576, 1.593, 1.625, etc. Como es igualmente aplicación de la misma doctrina la frecuente revisión de precios que hace la Administración del Estado en los contratos de obras y servicios públicos (por ejemplo en los fijados para el suministro de los libros del Registro de la Propiedad). También en Francia la ley de 21 de enero de 1918, que permitía la resolución de los con-

tratos concluidos antes de la guerra, cuando su ejecución fuese demasiado onerosa para alguna de las partes, y las de 6 de julio de 1925 y 9 de junio de 1927, sobre revisión de contratos de arrendamiento, estaban inspiradas en la misma teoría. E igualmente en Alemania la ley de 16 de julio de 1925, sobre valorización de hipotecas, deudas territoriales, títulos al portador emitidos por Bancos hipotecarios, cuentas de Cajas de Ahorros, etc.



La *presuposición* es, según Windscheid, la expectativa o creencia, el motivo real determinante de toda declaración de voluntad, sin el cual no se habría emitido ésta. Algo así como una condición descada, pero detenida en su desarrollo de tal modo que no llegó a condicionar los efectos jurídicos que se proponían, pues éstos habrán de subsistir y perdurar aunque la *presuposición* no se realice o resulte falsa. La *presuposición* puede ser manifestada por medio de una agregación hecha a la declaración de voluntad —expresa— «o sin explícita enunciación, como consecuencia del restante contenido de la declaración de voluntad» —tácita—; el hecho a que se refiera, positivo o negativo, pretérito o futuro. «Windscheid diría —supone Lenel—, desde su punto de vista, que todo el que concluye un contrato parte del supuesto de que han de subsistir las circunstancias normales, supuesto que por ser evidente no se puede ocultar a la parte contraria.» Y continúa oponiendo a la teoría de Windscheid, que si se quiere que el motivo determinante de la declaración de voluntad influya en la eficacia del negocio que se concluye, habrá de ser elevado a la categoría de condición. Si no es así, «la otra parte deberá considerar el contrato como puro; y sería a todas luces injusto que una parte pudiera dejar sin efecto un negocio jurídico invocando creencias que, a su hora, no se cuidó de formular debidamente». «Los peligros de esta teoría no se evitan ni se atenúan reconociendo sólo como jurídicamente eficaz aquella *presuposición* que sea notoria a la parte contraria.» Un motivo no gana eficacia porque la parte contraria la conozca, a menos que sea expresamente consentida por ambas partes. «Admitir esta teoría —concluye Lenel— sería acabar con la seguridad del comercio jurídico.»



Oertmann da a la publicidad en 1921 su teoría de la *base del negocio jurídico*, que, por el momento en que apareció, tuvo una favorable acogida por la jurisprudencia alemana. Esta teoría y la de la cláusula *rebus sic stantibus* no son, según el mismo Oertmann, dentro de ciertos límites, sino dos distintas expresiones, dos diferentes formas de una misma concepción. Parece, no obstante, que su semejanza con la teoría de la *presuposición* es más acusada y manifiesta. Según Oertmann, esta *base* consiste en lo que una de las partes piensa al tiempo de la conclusión del contrato respecto de la existencia, subsistencia o aparición de ciertas circunstancias básicas para su decisión. Es decir, siempre que ello se tome como la «base» sobre que el negocio jurídico «descansa». Se trata, por consiguiente, de una proyección hacia el futuro de ciertos fines imaginariamente perseguidos por las partes. Locher modifica esta teoría en el sentido de que sea el criterio objetivo, no el subjetivo, el que la configure. Y Ennecerus considera indispensable la conjunción de los elementos subjetivo y objetivo para convertir en fórmula de general aplicación la doctrina aquí examinada; con la exigencia de que la *base del negocio* haya podido ser conocida de las partes contratantes con tal certidumbre que ella les lleve a prescindir de su reconocimiento como condición, o que, en caso contrario —inseguridad de las circunstancias básicas— la otra parte contratante hubiere accedido a la pretensión en consideración a la finalidad del contrato.

Ahora bien: ¿qué debe entenderse por *base del negocio jurídico*? Oertmann da de ella un concepto negativo, pues viene a decir que ella no es un verdadero motivo determinante que necesite intervenir activamente en la conclusión del negocio. Basta con que *sin tal base* el negocio no se hubiera concluido. Es de notar, además, que la *base del negocio* no constituye por sí misma, en esta teoría, una condición, porque la condición se funda en la duda de que la suposición presente coincida o no con la realidad futura; y la hipótesis *base del negocio jurídico* se establece en una absoluta convicción que excluye toda incertidumbre. Por ello lo que una de las partes considere *base del negocio* para ella, ha de ser comunicada a la otra sin que ésta le oponga objeción alguna. Si esa *base* no resultase cierta, la parte correspondiente tendría derecho a dejar sin efecto el con-

venio, salvo que la otra parte accediese a introducir las modificaciones que la equidad exija.

12 \* \*

Krückmann, civilista muy conocido por sus investigaciones sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, en uno de sus trabajos dedicados al estudio de la misma, y en un dictamen sobre la depreciación de la moneda con especial aplicación al contrato de seguro, defiende la tesis de que para toda solución justa hay que partir de la *base del contrato o equivalencia de intereses y prestaciones*, singularmente en los sinalagmáticos. Si falta esa equivalencia, si a causa de una alteración de las circunstancias de imposible previsión se destruye el equilibrio entre la prestación y la contraprestación, la exigibilidad de lo pactado, con agobio tal de uno de los contratantes que represente para él un sacrificio exorbitante, quebranta el principio immanente de la *bona fides*. Y al efecto examina las normas vigentes en derecho alemán y gran número de sentencias judiciales. El descado equilibrio de intereses podrá lograrse casi siempre, a juicio de Krückmann, reconociendo a la parte lesionada un derecho de indemnización por los daños que le hubiere causado el confiar en la inalterabilidad del contrato. El mismo Krückmann deslinda el concepto *base del contrato* de la *base negocio jurídico*, propuesta por Oertmann, y ciertamente que la diferencia es radical no obstante su sinonimia terminológica: la primera, como criterio de interpretación, es histórico-causal; consiste en los hechos de que arrancaron las partes al contratar; la segunda, como antes quedó dicho, dirige hacia el futuro los fines proyectados por los contratantes.

Más tanto a una como a otra, acaso más exactamente a la teoría de la *base del contrato* o de *equilibrio de intereses*, es aplicable lo que, como repulsa de ésta, opone Candil: «Todo contrato de ejecución diferida supone de antemano, en el pensamiento de las partes, una variación de las circunstancias de signo contrario, que es precisamente lo que les incita a contratar...» «Las dos saben que la operación es aleatoria, en cuanto a la equivalencia de las prestaciones y, sin embargo, la realizan, porque es precisamente esto lo que quieren...»; de donde resulta incongruente que una modificación de las circunstancias pueda motivar la del contrato. Y no se olvide que el *equilibrio o reciprocidad de intereses*, como medio de inter-

pretación de los contratos onerosos, es siempre, al menos en nuestro Código civil (artículo 1.289), de carácter supletorio y utilizable sólo en defecto de las normas interpretativas que dictan los artículos que preceden al citado.

### B) Fórmulas contractuales

El grupo segundo de los anteriormente distinguidos está formado, como ya se dijo, por expresas y conjuntas declaraciones de voluntad en el momento de la conclusión del contrato. Son las conocidas en la doctrina con las denominaciones *pactos de garantía de valor* o *cláusulas de estabilización*.

La razón o motivo de ser de estas cláusulas no es otra que las constantes e inevitables alteraciones del valor en cambio del dinero, la diferencia entre el valor «sustancial» y el valor «funcional» del mismo. Si para el Derecho la unidad monetaria representa, por necesidad, un determinado valor permanente, en expresión de Rosenfelder, y su fuerza solutoria se estima invariable en circunstancias de normalidad, cuando sobreviene una marcada depreciación la subversión de valores lesiona, especialmente en el derecho de obligaciones, intereses económicos colocados bajo una protección jurídica. Para corregir las indicadas alteraciones de valor y evitar en lo posible los daños que ellas puedan causar, se ha recurrido a las fórmulas de previsión siguientes: cláusula oro o plata; de pago en moneda extranjera, de pago en especie; de escala móvil y cláusula de revisión.

\* \* \*

La *cláusula oro o plata* ofrece dos distintas modalidades, según que el pago haya de efectuarse en moneda de uno u otro metal o por el valor de cada uno de ellos. Aunque, en realidad, esta diferencia es sólo aparente; bien porque en ambos casos se trata de una *cláusula de valor* (Nussbaum), bien porque retirada de la circulación la moneda acuñada en estos metales, e intervenido, además, el mercado de los mismos, la cláusula de esta especie se convierte en una cláusula referida al valor del oro o de la plata.

Acerca de la validez y licitud de esta cláusula se mantienen tenazmente por los juristas posiciones radicalmente opuestas. Refiriéndose solamente a Francia, Foncillas señala la siguiente varie-

dad de criterios: consideran nula la *cláusula-oro*, en régimen de curso forzoso, Demogue, Capitant, Rousseau, Nogaro, Lyon Caen; la reputan no ejecutoria, Valery, Dupuich, Caleb Weis, Despagnet y de Boet, Niboyet; sostienen su validez y ejecutoriedad, Geny, Mestre, James. En España, son partidarios de la validez de esta cláusula, entre otros, el citado Foncillas, Dualde y el maestro Roca Sastre. Pelayo Hore, admite dos situaciones diferentes: Que el contrato se desarrolle dentro de un país con moneda metálica de curso legal, en cuyo supuesto estima justa y legal esta cláusula. Que la cláusula referida se haya establecido en época de patrón metálico y el pago deba efectuarse en tiempos de curso forzoso del papel moneda; en tal hipótesis, la cláusula será justa, pero una cosa, afirma, es lo justo y otra, a veces, lo lícito. Si hoy en España —añade— se intentara exigir el cumplimiento de una obligación contraída cuando el oro o la plata tenían curso legal y se exigiere que la cantidad de moneda a satisfacer para que el pago se entendiese cumplido, fuera la necesaria para que su poder adquisitivo equivaliese al que tenía la moneda metálica en la época en que la obligación fué contraída, la sentencia que se dictara para llegar a dicha conversión proclamaría oficialmente una inflación monetaria. Lo que, en suma, sería justo al amparo de los principios del Derecho, se estima ilícito porque va contra el interés común. La cláusula de estabilización, en este caso —termina diciendo Pelayo Hore— es, pues, hoy inoperante.

Desde otro punto de vista, Champcommunal distingue también un doble supuesto: que la *cláusula-oro* se presente en el Derecho interior de un país o en el internacional. En el primer caso, dice, la cláusula en cuestión está viciada de nulidad porque las leyes monetarias «que decretan el curso forzoso interesan, en primer término, al orden público y no pueden ser derogadas por convenio particular...; el acreedor no puede rechazar en Francia ese papel de crédito al tipo normal, y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Apelación de París». «La nulidad se extiende, por tanto, lo mismo a los pagos en oro que a los pagos en billetes, cuando éstos han de computarse a un tipo recargado con la prima que represente el oro o la plata.» «En el segundo caso, esto es, en el orden internacional, la validez de la *cláusula-oro* está admitida. La Sala Civil de Casación ha proclamado en cuatro sentencias, de fecha 23 de



enero de 1924, que el curso de una moneda, tomado en interés nacional, queda circunscrito al territorio del país que lo decretó.» En análogo sentido se manifiesta Planiol, que cita, al efecto, copiosa jurisprudencia. Y, en cierto modo, el artículo 1.281 del Código civil italiano de 1942: «Quedan a salvo las disposiciones particulares concernientes a los pagos que hayan de hacerse fuera del territorio del Estado.»

En oposición a este criterio, con ocasión de una sentencia dictada por el Tribunal Imperial alemán, Hueck rechazaba ya en el año 1920 la teoría de que la moneda fuese medida de valor y medio de pago únicamente por imperio del Estado que la emite y dentro de sus fronteras, pues frente al extranjero toma la significación de mercancía. Niboyet, Nogaro y Dualde son igualmente opuestos a esta distinción de efectos de la *cláusula-oro* según se trate de relaciones interiores o internacionales, pues «no se alcanza a comprender—dice el último de los citados autores— cómo un fenómeno de cambio puede ser influido por la persona nacional o extranjera que haga el pago en la misma Francia y con dinero francés». Para otros, sin embargo, no es difícil explicarse esa diferente solución según se trate del Derecho nacional o del exterior, fundados en que si bien es cierto que las normas que regulan el tráfico monetario son de orden público, como sostiene la jurisprudencia francesa, y que toda política monetaria, singularmente la de curso forzoso, tiene como una de sus principales finalidades la de evitar el agio de divisas extranjeras, es también evidente que la soberanía estatal, de la cual se deriva el curso monetario, tiene limitados su ámbito territorial y las personas a las cuales se impone coactivamente, y, por lo tanto, no puede hacerse efectiva más allá de los confines de ese territorio ni aplicarse a quienes no sean súbditos de la misma soberanía.

• • •

*Cláusula de pago en moneda extranjera.*—Mediante ella se pretende sencillamente estabilizar una moneda, de dudosa permanencia en su poder adquisitivo, eliminándola como instrumento de pago para sustituirla por una divisa monetaria de más estable solidez. Esta cláusula es frecuente en las compras de mercancías importadas, por exigencias del vendedor, o, cuando se trata de importacio-

nes, por imposición de la política monetaria de los Estados. Mas en un régimen de libertad, recurrir a esta cláusula para cubrirse de la depreciación de la moneda nacional vale tanto, según acertadamente dice Foncillas, como especular al alza de la moneda extranjera.

Respecto de su licitud distinguen, casi unánimemente los autores según que la cláusula se establezca para regular relaciones *inter partes* dentro del Derecho interior o en el internacional, para concluir afirmando, en cuanto a ella, el mismo criterio antes expuesto con relación a la *cláusula-oro*. Por ende, si la estipulación aquí examinada ha de surtir sus efectos en el Derecho internacional, la moneda extranjera es considerada como mercancía y puede ser objeto, válidamente, como cualquiera otra de toda clase de contratación. Siempre, claro está, que se guarden y cumplan las normas peculiares que ordenen el comercio de la respectiva mercancía. Tal es también la doctrina recibida por las jurisprudencias alemana, francesa e italiana.

Pero si el pago en divisas se pacta en un convenio que ha de desenvolverse totalmente dentro de los límites de un territorio nacional, es preciso distinguir, asimismo, si el Estado respectivo tiene o no impuesto el curso forzoso de su moneda.

No establecido el curso forzoso, la cláusula es ortodoxamente válida. Al menos en nuestro derecho positivo. Reconocen esta validez: el artículo 1.170 del Código civil, que permite fijar libremente la especie monetaria con la que haya de hacerse el pago de las deudas en dinero; el artículo 489 del Código de Comercio, que contiene análoga disposición referida a la moneda solutoria de la letra de cambio; el artículo 219 del Reglamento Hipotecario, que faculta para designar en moneda extranjera la deuda hipotecaria, sin otra restricción que la de señalar su equivalencia en signo monetario de curso legal en España; y la reconoce también la jurisprudencia hipotecaria en Resolución de fecha 15 de febrero de 1926 al admitir la posibilidad de que las obligaciones aseguradas con hipoteca puedan tener por objeto las más desconocidas divisas.

Mas en régimen monetario de curso forzoso, la solución ha de ser otra muy diferente. Porque como el curso forzoso se caracteriza por ser exclusivo y excluyente, toda obligación que, dentro de él, haya de ser cumplida mediante la entrega de moneda, ha de hacer-

se, preceptivamente, en el signo monetario impuesto y no en otro alguno. Este sistema lleva aparejada la interdicción de toda divisa, o, al menos, la intervención estatal de las mismas, si por necesidades del comercio exterior es ineludible aceptarlas o conveniente y útil procurar su adquisición.

Así sucede, por ejemplo, en nuestra patria. Ya el decreto ley de 14 de marzo de 1937, revisado y completado después por la ley de 4 de mayo de 1948, conminó a todos los españoles, fueren personas físicas o jurídicas, residieren en España o en el extranjero, a declarar y ceder al Estado la moneda extranjera que tuvieran o adquiriesen en lo sucesivo, ora estuviese situada en territorio nacional o en el extranjero, comprometiéndose el Estado a satisfacer en pesetas el importe de la cesión. La omisión de estas obligaciones fué definida como delito por la ley de 24 de noviembre de 1938.

De suerte que, conforme a las leyes citadas, no es lícito a los españoles tener moneda extranjera. Las divisas que, por cualquier título, adquieran, habrán de venderlas al Estado, el cual, por consiguiente, queda convertido en el único legítimo tenedor de moneda extranjera para aplicarla a los fines que estime convenientes para la economía nacional. Y si ello es así, todo pacto en el que se fije una divisa cualquiera como medio para hacer el pago de una obligación, habrá de ser reputado ilícito, pues sólo puede producir el efecto de anular, por imposibilidad de su ejecución, la obligación que de tal pacto dependa (artículo 1.116 del Código civil).

\* \* \*

*Cláusula de pago en especie.*—Pacto de vieja tradición en la economía rural española. Tan arraigado, que dentro de dicha esfera llegó a constituir una norma de derecho consuetudinario muy generalizada en algunas regiones de nuestro país y en ciertas relaciones obligacionales. Por ser, como dice Pelayo Hore, «forma de pago de características economías rudimentarias de escasa circulación monetaria», se aplicó desde muy antiguo al pago de pensiones censales y de la renta de arrendamientos rústicos, estipulando al efecto, para aquéllas, la entrega de determinadas especies y conviniendo, cuando se trataba de satisfacer el canon arrendaticio, la dación, bien de unidades fijas de productos de la cosa arrendada, bien la de una parte proporcional de los mismos productos. Desde muy antiguo también,

y en no pocas comarcas de España, existe la costumbre jurídica de pagar en especie algunos trabajos y servicios profesionales —médicos, farmacéuticos, etc., entre estos últimos—, porque de esta manera se facilita el pago por parte de quienes, en su elemental economía, carecen de disponibilidades crematísticas en tanto no realicen los frutos de sus cosechas.

La validez en Derecho español de esta cláusula de pago en especie ha de considerarse indiscutible. La consagra el mismo Código civil en sus artículos 1.445, 1446, 1543, 1.555, número 1.º, 1.613, 1.630, 1.656, etc. Y la reconoce expresamente el Poder público por cuanto en la circular de la Comisaría General de Abastecimientos, de fecha 17 de junio de 1950, sobre fijación del precio del trigo, admite la tenencia legal de este cereal por quienes lo hubieren adquirido en concepto de rentistas o por el pago que de él le hubieren hecho sus igualados.

Ahora bien ; si se exceptúan los contratos de ejecución periódica sucesiva en los que se pacte esta cláusula, tales como los censos y arrendamientos, la inserción de aquélla en otros, producirá inevitablemente una fundamental trasmutación de la especie misma del contrato en que se incluya. Porque si se articula en una compraventa y, por aplicación de la cláusula, el precio queda representado por una cantidad fija de determinadas mercancías, el contrato no será una compraventa, sino una permuta (artículo 1.446 del Código civil). Si se tratare de un préstamo y, en equivalencia de la cantidad prestada, el mutuuario se obligase a reintegrar la especie no dineraria que se hubiese estipulado, el negocio jurídico resultante no sería un contrato de mutuo, devendría en una compraventa con pago anticipado o con aplazamiento de la entrega de la cosa comprada —modalidad contractual muy frecuente en el tráfico rural, especialmente en la enajenación de productos agrícolas y pecuarios—, aunque hubiere sido otra la denominación que le dieran las partes. Y estas transformaciones de la tipicidad de los contratos deben ser miradas con prevención y recelo, porque pueden plantear problemas de simulación relativa que afecten a la validez del negocio jurídico objeto del disfraz.

~ ~ ~

*Cláusulas de escala móvil.*—Es la forma más característica y

frecuente de encubrir la desconfianza en la solidez del valor de una moneda.

Mediante estas cláusulas se procura garantizarse contra las fluctuaciones de una moneda con el artificio de señalar en los contratos de ejecución a largo plazo el valor de la prestación dineraria por una cantidad variable de moneda, representada por el valor en venta de una mercancía, o por los índices estadísticos de precios, o por el recargo que oficialmente se establezca para la exacción de algunas exacciones fiscales.

Hay quienes creen —Roca Sastre y Dualde, entre ellos—, que esta fórmula de estabilización ha sido adoptada por el mismo Estado en la ley de 23 de julio de 1942, en cuanto dispone que en los contratos de arrendamientos rústicos se fije necesariamente el importe de la renta en una determinada cantidad de trigo, aunque el pago haya de efectuarse en dinero computado por el precio oficial del mismo cereal.

El prestigio científico de los citados autores y la aparente lógica de su argumentación acaso pueda sugestionar a los que, desposeídos de todo prejuicio doctrinal en favor de una tesis, discrepen de ellos en este punto concreto. Porque examinada la cuestión con criterio de imparcialidad y sin la idea preconcebida de convertirla en argumento favorable a una solución deseada; si se atiende a los motivos que inspiraron al legislador y a los propósitos que perseguía, se verá que la preceptividad del señalamiento en trigo de la renta en los arrendamientos rústicos no fué impuesta como un arbitrio normativo para estabilizar el valor de la moneda para el pago de dicha renta. Es absurdo suponer que tal cosa pensara el legislador, porque si su propósito hubiere sido ese, la formulación del precepto correspondiente, aunque referido especialmente a una especial clase de contratos, habría tenido la amplitud suficiente para hacerla aplicable a todo género de prestaciones dinerarias contractuales. Cuando menos, a las de ejecución diferida. No, no fué el de estabilizar la moneda el ánimo del legislador de 1942. Su propósito fué otro muy distinto y completamente extraño al que los aludidos autores le atribuyen. La fijación en trigo para la solución de la referida clase de obligaciones obedeció a una necesidad social; tuvo por único objetivo evitar que las relaciones arrendaticias desembocaran en un contagioso afán, por parte de los arrendadores, de resolver los

arriendos entonces vigentes. Y que fuese éste, y no otro, el móvil que determinó al legislador, lo dice él mismo con meridiana claridad en el preámbulo de la citada ley de 23 de julio de 1942: la regulación de tales arrendamientos —se refiere a los rústicos— «para ser eficaz, necesariamente ha de adaptarse a las circunstancias del momento, tendiendo a evitar que un simultáneo desenlace de las relaciones arrendaticias produzca un desequilibrio en la contratación de dicho carácter, con el consiguiente perjuicio para nuestra economía política. Para ello se procura, mediante el establecimiento de un más justo sistema de fijación de la renta, facilitar el mutuo acuerdo de las partes para la continuación de los actuales arriendos». Y para el logro de su objetivo, creyó más adecuado recurrir a un sistema de secular tradición en nuestra patria, cual es el de fijar en cierta cantidad de un producto agrícola el precio del arrendamiento. Y para dar uniformidad al sistema que adoptara, eligió el trigo, por ser su producción la de área más extensa en la agricultura española.

A esto queda reducida, según la intención del legislador, declarada por él mismo, la fijación en trigo de la renta de la tierra: a una justa y equitativa remuneración del disfrute del agro para conjurar un grave quebranto en la economía social. No hubo, por consiguiente, ni aun asomo siquiera de estabilizar la moneda en que se pague dicha renta, ni aun la renta misma. Por el contrario, se quiso, y se logró, dar a ésta movilidad y fluidez proporcional al aumento o disminución que tuviere el precio del producto agrícola elegido como módulo o patrón, ya permaneciese inalterado o fluctuase el valor de la moneda nacional. Así debió entenderlo también Pelayo Hore cuando afirmaba que «si alguno creyese que al amparo de la legislación de arrendamientos rústicos, era posible trasladar su solución al campo de las hipotecas, de los arrendamientos urbanos o de las ventas a plazos, correría el riesgo de que los Tribunales declarasen ilícito el pacto».

Se da, además, con esta cláusula de estabilización monetaria la curiosa paradoja de que, mediante ella, el elemento estabilizador pasa a ser el estabilizado. Por ejemplo, cuando se toma como medio de cuenta el precio de una mercancía. Porque ésta podrá después encarecer o abaratarese, independientemente de que la moneda se deprecie o se revalorice; que son muchos y complejos los factores,

extraños al valor del signo monetario, que influyen en el fenómeno económico de los precios. Y si así sucede, resultará que como la suma de dinero originariamente convenida se equiparó a una determinada cantidad de la mercancía-tipo, el precio de ésta quedará inalterado con relación a aquella suma dineraria. Por el contrario, la moneda, cuya estabilización se pretendió, ganará o perderá en su poder adquisitivo, habrá sido objeto de una evidente fluctuación.



Con la *cláusula de revisión* se aspira a prevenir el desmerecimiento de la moneda, estipulándose en los contratos de tracto sucesivo o a largo plazo, bien un precio diferente para cada una de las etapas de su vigencia, bien la revisión periódica de tal precio con sujeción a normas preestablecidas, bien la fijación del mismo en los plazos que previamente se señalen por acuerdo de las partes, o en su defecto, por decisión arbitral o amigable composición.

Este procedimiento de estabilización ha sido adoptado, no ya sólo por los particulares en sus relaciones contractuales, sino también, a veces, por el Estado mismo en épocas de total envilecimiento de su moneda. Sirvan como ejemplo de esto último: la medida tomada en Francia durante su histórica revolución, según la cual el valor de los mandatos territoriales se fijaría cada cinco días conforme al curso de su cotización; la disposición gubernativa de 1807, relativa a los billetes prusianos del Tesoro, el valor de los cuales, dice Nussbaum, se calculaba quincenalmente, también con arreglo a las cotizaciones de la Bolsa; el sistema del multiplicador, seguido en Alemania durante los años de la catastrófica caída del marco, consistente en la fijación de un valor simbólico de moneda que, al llegar el momento del pago, se multiplicaba por el índice del valor que para la moneda fijase aquel día el Boletín de cotizaciones.

También en la doctrina, en consideración a que el patrón oro no garantiza un dinero de valor constante, pues su fin no es dar estabilidad a los precios sino a los cambios, se han ideado fórmulas preservadoras de las oscilaciones de la moneda en relación con el nivel de precios. De ellas son de citar, como más conocidas, las postuladas por Fisher: la de la moneda regulada por tabla; la de la moneda índice; la de regulación de precios mediante la regulación de cantidad de dinero.

El sentido de la primera es no fijar los precios futuros en una suma determinada, sino en tanto dinero como sea necesario para comprar una cantidad concreta de los bienes más importantes, una «tabla de bienes». La moneda-índice se funda en que como al subir todos los precios disminuye el poder adquisitivo del dinero y al bajar aquéllos aumenta ésta, siendo el oro un patrón oscilante también en su valor, ha de alterarse asimismo el contenido de este metal en la moneda, de acuerdo con las fluctuaciones de los precios; o dicho de otro modo: hay que desvalorizar la moneda cuando los precios descienden, y hay que revalorizarlo cuando los precios suben. La regulación de los precios por la de la cantidad de dinero se explica por la evidente concatenación que existe entre la actividad productora, la capacidad de consumo y los precios de las mercancías. Con precios en baja, la producción se reduce y el elemento personal que a ella contribuye merma sus disponibilidades para el consumo y se traza un círculo deflatorio. ¿Cómo romperlo? Creando capacidad adquisitiva, ya sea aumentando la cantidad de dinero en circulación, o bien por la concesión de créditos.

Aschoff recusa estas tres concepciones. La moneda regulada por tabla, dice, no significa una moneda fija, sino que mediante convenios especiales se excluyen las consecuencias de la alteración del dinero a largo plazo. Fisher mismo, añade, considera que la moneda regulada por tabla es sólo un arreglo y remiendo de la misma desde fuera. La moneda-índice, en opinión de Aschoff, se funda en un razonamiento falso. Si todos los países del mundo desvalorizaran al mismo tiempo, se produciría, sí, una estabilidad de precios, pues en todas partes permanecerían iguales la oferta y la demanda; mas si se desvaloriza solamente en uno o varios países, la desvalorización repercute en el balance comercial, lleva a una restricción de la importación y a un aumento de la exportación, fenómenos ambos que hacen subir los precios. Y en cuanto a la regulación de la moneda por la regulación de los precios, sobre todo si se basa en la concesión de créditos, tiene el inconveniente de que el sistema bancario no puede obligar a los empresarios a aceptar créditos, ni a los vendedores de valores a emplear los medios de pago recibidos en la compra de bienes, con lo cual la pretendida regulación queda abortada.



## II

## LA PREVISION DEL VALOR DE LA MONEDA EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Las cuestiones de orden jurídico que suscita la previsión del valor de la moneda han sido estudiadas por casi todos los autores que de ellas se han ocupado desde el punto de vista del Derecho civil, exclusivamente, y sin relación alguna con el Derecho hipotecario. Deben citarse, como excepción, Pelayo Hore y Roca Sastre. El primero, porque hace una atinada alusión incidental a las dificultades que provoca la cláusula de pago en moneda extranjera para encajarla en la rigidez del principio de determinación. Roca Sastre porque examina la legitimidad de las cláusulas de estabilización, singularmente la cláusula *valor-oro*, para pronunciarse después en favor de su inscribibilidad.

Mas si se medita en la variedad de aspectos que muestra el juego de este tipo de estipulaciones cuando actúan en contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, se percibe claramente que ellas dan motivo a complejas situaciones que, en algunos casos, mueven a perplejidad, a veces impiden y, en otras ocasiones, dificultan el acceso de los referidos pactos a dicho Registro. Presentar, sino todas, algunas de esas situaciones es el objeto de este trabajo.

*A) Reflejo de los criterios de interpretación en el Registro de la Propiedad*

No parece que puedan plantear, por sí mismos, problema alguno de orden específicamente registral, aunque sí lo presenten los documentos en que dichos criterios se contengan. Porque la aceptación o rechazo de todos y cada uno de los criterios doctrinales de interpretación que antes quedaron esbozados, es función privativa de los Tribunales de justicia. Al juzgador, pues, es a quien exclusivamente compete considerar si sus resoluciones han de inspirarse o no en cualquiera de esas concepciones teóricas cuando haya de de-

cidir acerca de algún problema de previsión evaluatoria de la moneda. Por consiguiente, al Registrador de la Propiedad solamente pueden llegar cuestiones de esta índole a través de un despacho o documento judicial. Y como en nuestro sistema hipotecario la calificación registral, cuando son objeto de ella los documentos expedidos por los Tribunales, queda circunscrita a la apreciación de la competencia del órgano judicial respectivo, de la congruencia del mandato con el procedimiento en que haya recaído, de las formalidades extrínsecas del despacho judicial y de los antecedentes del Registro, sin que puedan entrar en su consideración los fundamentos de las sentencias, autos o providencias, pues así lo prescriben el artículo 99 del Reglamento Hipotecario y constante y reiterada jurisprudencia de igual jurisdicción, el campo limitadísimo en que se desenvuelve la calificación registral veda a quien haya de hacerla discernir si son aceptables o inadecuados, como elementos de interpretación, la cláusula *rebus sic stantibus*, la *presuposición*, etc. Estos criterios de interpretación han surtido ya la plenitud de sus efectos antes de ser autorizados los documentos que se presenten en el Registro y no puede, por lo tanto, el Registrador hacer o dejar de hacer aplicación de aquéllos.

#### *B) Las cláusulas de estabilización ante el Registro de la Propiedad*

En cambio, las cláusulas de estabilización, por ser manifestaciones coincidentes de la voluntad de los contratantes que han de quedar plasmadas en documentos extrajudiciales, fuerzan al Registrador a ejercitar su facultad calificadora con total amplitud a fin de resolver, como hace de cualquier otro pacto, si su inscripción ha de practicarse, suspenderse o denegarse.

Cualidad primordial de toda estipulación es la claridad de su redacción. Roca Sastre, con la fina perspicacia de su privilegiada mentalidad y con la gran pericia que le ha proporcionado una inteligente y sagaz observación en su doble experiencia de Registrador y de Notario, señala, con referencia a la cláusula *valor-oro*, las líneas generales para que la formulación de ella resulte clara en su expresión y eficaz al tiempo de ser liquidada, indicando al efecto las circunstancias precisas que han de consignarse, sin reparar en que la referida cláusula pueda parecer prolija, porque «tiene tal enverga-

dura que es vana ilusión querer que con el laconismo de su redacción usual o corriente queden previstos y resueltos los importantes problemas que origina ; de modo que vale la pena de aumentar el volumen de su redactado... No vamos a sacrificar la complejidad de la vida jurídica a la simplicidad inexpressiva de una redacción exigua».

Tal vez Roca Sastre al condenar el laconismo en forma tan categórica lo haya hecho pensando en otras fórmulas que giran exclusivamente en derredor de la depreciación de la moneda, como le sucede a la que Dualde dice haber visto, si bien en ella se previene cómo ha de ser entendida esa depreciación, o en alguna otra redacción tan breve y sucinta que su establecimiento queda reducido al «caso de depreciación de la moneda» y nada más.

Y estas formulaciones tan compendiadas de las cláusulas de estabilización, en su variedad de tipos, pueden adolecer de falta de claridad que, calificada así por el Registrador, en cumplimiento del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, constituirá un obstáculo para la inscripción.

Para no incidir en esa tacha de oscuridad y confusión por supeditar escuetamente la cláusula a la depreciación monetaria, será conveniente precisar cuáles sean los hechos que hayan de acontecer, las circunstancias que deban concurrir para entender que la depreciación se ha producido y cómo ha de actuar esa depreciación en su función reguladora, puesto que son dos fenómenos diferentes los que determinan la alteración del valor de la moneda : el de su devaluación (merma oficial de su valor en cambio por una especie metálica o por otra divisa) y el de su depreciación (entendida como disminución de su poder adquisitivo), aunque en uno y otro caso conserve su valor nominal, especialmente en el interior del país. Y si bien en el curso de la historia esos dos aspectos de la alteración monetaria, aunque distintos, se han producido simultáneamente, como sucedía cuando los príncipes disminuían la ley o el peso de la moneda, esta anomalía no puede producirse en la actualidad (¿ni en el futuro, acaso?) por haber desaparecido totalmente de la circulación la moneda metálica.

Ahora bien ; así como la devaluación —en la significación antes expresada— es siempre un acto preciso y concreto, de existencia indubitada, porque ha de ser consecuencia y efecto de una decisión

de la soberanía estatal, la depreciación o desmerecimiento comercial del mismo signo en un fenómeno histórico muy complejo generado por múltiples causas; unas, de carácter económico; otras, las más frecuentes, debidas a imponderables de tipo político; de naturaleza fiscal, en no pocos casos; a veces de índole psicológica; en ocasiones, de origen social; no faltando, en fin, algunas reflejas de problemas internacionales. Todas o algunas de estas causas, coincidentes o sucesivas, crean una disminución de la capacidad adquisitiva de la moneda que, a veces, la lleva hasta su envilecimiento, aun cuando su valor intrínseco —que así sucede en ocasiones— permanezca inalterable. Sirva de ejemplo el actual dólar norteamericano, que no obstante conservar todo su valor con relación al oro, ha disminuído de poder adquisitivo en aquella nación, por cuanto los productos que con él hayan de adquirirse han elevado su precio de venta. Y en sentido contrario, recuérdese el caso de la peseta española en un breve período de tiempo, el comprendido entre los últimos años del pasado siglo y los de la post-guerra mundial de 1914. Al comienzo de este período, la entonces *peseta enferma* (calificación del ilustre hacendista señor F. Villaverde) tenía un valor ínfimo en su cambio por oro o por cualquiera valuta; y, por el contrario, en los años que siguieron a dicho conflicto bélico, el valor internacional de la peseta llegó a sobrepasar el de su paridad oro. No obstante haber sucedido así, la potencia adquisitiva de la moneda española era, en aquellos tiempos de su enfermedad, cuando menos en el comercio interior, notoriamente superior al que llegó a obtener en esa otra época en la que logró alcanzar plena robustez y vigor, su máximo prestigio en el exterior. Y pudo suceder de tal modo porque un fenómeno de causas tan complejas y variadas como es el de la depreciación de la moneda, no se produce —caso de su devaluación— súbitamente y en un momento preciso; ni en virtud de un sólo y único acontecimiento. Supone un proceso cíclico de mayor o menor celeridad en su desarrollo, pero siempre indeterminado e imperceptible en su iniciación e impreciso en su profundidad. No basta que un artículo de comercio, un producto agrícola o industrial, una especial clase de riqueza inmobiliaria aumente de precio en un país cualquiera para deducir y considerar que la moneda de ese país se ha depreciado. Ese aumento de precio —y aun de valor, si se quiere— puede ser pasajero y atribuible a causas transi-

torias ; o a medidas de gobierno para proteger eventualmente el artículo, el producto o la clase de inmuebles encarecidos ; o a dificultades imprevistas y de momento insuperables de transporte ; o a reacciones colectivas contra el intervencionismo estatal ; o a inesperadas conveniencias nacionales de retener parte de la producción propia ; o a motivos de orden laboral ; o a entorpecimientos circunstanciales para el normal comercio exterior. En resumen : a un manifiesto desequilibrio entre la oferta y la demanda. Y no obstante, el valor de la moneda puede seguir siendo inalterado, ser el mismo que tenía antes de producirse esa anomalía de precios, bien sea breve y transitoria, ya sea duradera y estable.

Pues si la depreciación monetaria es un fenómeno económico de tan múltiples y complejas motivaciones, tan vago e impreciso en su existencia porque no es la resultante de una disposición del Poder público ni la de un suceso aislado que fatalmente disminuye por sí mismo el valor comercial de la moneda ; si ello es así, como lo es evidentemente, la condición que haga depender la extensión de una deuda de esa depreciación, expresada con generalidad y sin especificación de los hechos que hayan de producirla, corre el riesgo de ser calificada de oscura, ambigua y confusa porque no subordina el alcance de la obligación a un suceso posterior de realización incierta, que es lo que, según el artículo 1.113 del Código civil, caracteriza toda condición, sino a la consecuencia de unas causas indeterminadas e imprecisas ; que esto, y no aquello, es la depreciación monetaria.

\* \* \*

El que la inscripción no convalide los actos o contratos que sean nulos con arreglo a derecho (artículo 33 de la Ley Hipotecaria), no significa que el Registro de la Propiedad haya de acoger todos los negocios jurídicos que a él pretendan llegar, cualquiera que sea su validez o ilicitud. Antes al contrario ; uno de los principios básicos de nuestro sistema hipotecario es el de *legalidad*. «El Registro debe contener —dice la exposición de motivos de la ley de 1861— las obligaciones que produzcan Derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes nieguen fuerza coactiva.» Por eso la más importante y delicada función del Registrador es la de velar porque no ingresen en el Registro los actos y contratos que

carezcan de legalidad; y a fin de que pueda lograrlo se le encomienda por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria la calificación de este requisito. En su consecuencia, las cláusulas de estabilización sólo obtendrán la garantía registral en el supuesto de que sean legalmente válidas. La apreciación de si ha de considerárselas o no como tales es el fundamental problema que esta especie de cláusulas plantea ante el Registro de la Propiedad.

Para resolverlo habrá de tener en cuenta que la sistemática del Derecho positivo español se construye tradicionalmente sobre una amplia libertad de contratación, aunque no tan omnímoda que carezca de ciertas limitaciones, puestas, a veces, para tutelar derechos e intereses de quienes tengan restringida su autonomía, o en beneficio, otras, de fines sociales o de eternos principios de equidad. Por eso el Código civil, sin perjuicio de algunos preceptos que limitan en casos determinados la libertad contractual, consagra en su artículo 1.255 la norma general que permite a los contratantes el establecimiento de cuantos pactos, cláusulas y condiciones tengan por conveniente, «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

Las cláusulas de estabilización, ¿están incursas en alguna de las excepciones prohibitorias que señala el citado artículo?

*Oposición a la ley.*—Quedó anteriormente dicho que el objeto de estas cláusulas es inmovilizar el valor comercial de la moneda que haya de invertirse en el cumplimiento de una obligación. Tales cláusulas han de estar, pues, referidas siempre a una deuda pecuniaria. Mas en este género de deudas se distinguen comúnmente dos especies: *deudas de valor* y *deudas dinerarias* en sentido estricto, distinción que con meridiana claridad establece el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 27 de febrero de 1945 cuando dice: «... aparte de las dificultades, no del todo esclarecidas por la doctrina, para separar netamente las deudas de valor (resarcimiento de daños, obligaciones alimenticias), en que el dinero se ofrece como medio de liquidación, pero no como objeto de la deuda, y las netamente pecuniarias a que se refiere el artículo 1.170 del Código civil, que algunos, para mayor confusión, reputan también deudas de valor de la cantidad recibida...»

Y así es a no dudarlo. Como se decía en uno de los motivos alc-

gados para la casación de la citada sentencia, el objeto de la *deuda de valor* es un *valor* que debe ser expresado y liquidado en dinero. Pero la suma de dinero en que venga expresada la deuda no constituye el objeto de ésta; lo constituye el valor *económico* estipulado, independientemente de la cantidad de dinero que pueda ser necesario para cubrirlo. El deudor debe satisfacer al acreedor el mismo *valor* prometido y, por tanto, pagar una suma de dinero mayor o menor que la en que aquélla quedó numéricamente expresada, según que la moneda se haya depreciado o revalorado. La *deuda dineraria*, en cambio, se caracteriza por venir referida a X veces la unidad fundamental del sistema monetario, o sea, sencillamente, una suma de dinero; y por ser *pura deuda de cantidad*, basta para cumplir la obligación con devolver una suma igual a la recibida. Esta es la razón de que en materia de deudas dinerarias el derecho positivo se funde en el sistema nominalista, o sea que la determinación legal de la moneda lleva ya implícita la fijación de su valor y se impone al acreedor con independencia de la fluctuación del valor efectivo del dinero.

Igual criterio mantiene también la doctrina. Enneccerus, por ejemplo, afirma que la deuda pecuniaria no se dirige a la prestación de determinadas especies monetarias, sino que su objeto es más bien el valor de la cantidad debida. Y para la conveniente claridad del concepto añade: ¿A qué valor tienen que ser aceptadas en pago las especies pecuniarias singulares? Si existe una disposición legal —responde— decide ésta; por consiguiente, si se trata de deudas de moneda, decide el valor nominal, pues en la denominación de la moneda ha de verse una disposición legal (teoría del nominalismo). Así, pues, las especies pecuniarias se calculan por el valor en curso, y precisamente por el valor en curso del tráfico común, no por el de la Bolsa, donde el dinero aparece como artículo de comercio. La teoría de la *deuda del valor* —sigue diciendo Enneccerus— quiere aplicar también estos principios a la *deuda de moneda*, poniéndose en contradicción deliberadamente con el nominalismo. Pero esta doctrina contradice las disposiciones legales sobre el patrón monetario y sería además insoportable en el actual desenvolvimiento económico. ¿Adónde iríamos a parar si toda la oscilación del dinero hiciera menester un cálculo de las deudas pecuniarias?

A juicio de Planiol el deudor ha de entregar la suma adeudada

según el valor nominal de la moneda y no por el que tuviera el día en que la obligación se contrajo. Esta regla —dice— adquiere gran importancia en los países que, poniendo en práctica la estabilización, consagran definitivamente la depreciación de su moneda. Y después de hacer una referencia a la ley monetaria de 25 de junio de 1928 consolidando la depreciación de los 4/5 sufrida por el franco francés, termina diciendo: una deuda de 1.000 francos contraída antes de la guerra (la de 1914-1918) queda íntegramente pagada por 1.000 francos de los nuevos; el deudor reembolsa mucho menos de lo recibido (200 francos, aproximadamente, al tipo del régimen anterior); sin embargo queda liberado porque ha entregado monedas de un valor nominal igual al importe de la deuda.

Nussbaum afirma que en los modernos sistemas monetarios se puede, en general, sentar el principio de que las modificaciones que afecten a una sola especie de moneda carecen de importancia para las deudas constituídas a base del sistema. En tanto que la base fundamental del mismo, en la que aparezca expresada la deuda, se mantenga invariable, el pago habrá de hacerse en los elementos del sistema válidos en el momento del pago y por el importe nominal de la deuda. La situación no varía cuando se suspende la convertibilidad del papel moneda en dinero efectivo, porque deja intacta la existencia de la unidad básica del sistema.

También el derecho positivo español distingue estas dos clases de deudas pecuniarias, la de *valor* y la *estrictamente dineraria*.

Considera *deudas de valor*, más o menos explícitamente, entre otras: El precio de la compraventa por cuanto permite que se fije en dinero por decisión arbitral (artículo 1.447 del Código civil), o, si se tratare de cosas fungibles, con referencia al que la cosa vendida tuviere en determinado día, Bolsa o mercado, con tal que sea cierto (artículo 1.448). La deuda alimenticia, que comprende todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y, en su caso, la educación e instrucción del alimentista, según la posición social de la familia (artículo 142): El legado de educación y alimentos a que se refieren los párrafos 2.º y 3.º del artículo 879, pues, no puede ofrecer duda que el coste de las necesidades dichas son frecuentemente variables, como pueden serlo también las disponibilidades del obligado a satisfacerlas. (Análogas consideraciones llevan a Boehmer a la conclusión de que, en caso



de depreciación de la moneda, el perceptor de la deuda alimenticia podrá exigir del obligado a prestarla el aumento periódico necesario para completar el poder adquisitivo de la moneda depreciada con objeto de procurarse los medios de subsistencia que le sean indispensables). La deuda proveniente de la indemnización de daños y perjuicios, que incluye no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el perjudicado (artículo 1.106). El precio del arrendamiento, ya que se debe en función de la utilidad que presta al arrendatario el goce de la cosa arrendada, lo que determina, en el caso del artículo 1.558, la disminución del canon estipulado. La deuda derivada del siniestro en los seguros de daños, porque así lo demanda la necesidad de cobertura de la pérdida que haya sufrido el asegurado, con arreglo al artículo 1.791 del Código civil —del que son también los anteriormente citados— y a los 393 y 407, número 2.º del Código de Comercio. Y, finalmente, todas aquellas deudas que representen la contraprestación debida a la estimación valuable de una prestación con contenido económico variable y en la que el dinero no intervenga como objeto de la deuda, sino como elemento de cuenta o de liquidación.

Como ejemplo de *deudas típicamente dinerarias* pueden señalarse en nuestro Código civil: Las a que genéricamente se refiere el artículo 1.170, a las que expresamente alude la referida sentencia del Tribunal Supremo. Y de un modo específico, entre otras, el legado de alimentos cuando el testador hubiere acostumbrado, durante su vida, a dar al legatario cierta cantidad por vía de alimentos, pues el párrafo final del artículo 879 limita el legado a la misma cantidad que venía entregándose; la deuda de dinero estipulada como cláusula penal, que según el artículo 1.152 sustituye a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses; las aportaciones dinerarias prometidas a la sociedad (artículo 1.861); la deuda resultante del mutuo, conforme a los artículos 1.753 y 1.754; la del depositario de dinero, puesto que su obligación consiste únicamente en devolver la misma cosa depositada, según establece el artículo 1.758. En resumen: toda deuda de numerario que responda a una prestación netamente dineraria, a una obligación de entregar dinero sin que la motivara la adquisición de valores económicos, o a una disposición legal que la exprese en dinero

Pero las *deudas estrictamente dinerarias* ¿pueden ser convertidas por la sola voluntad de las partes y en previsión de un desmerecimiento comercial de la moneda en *deudas de valor*? Expuesta quedó anteriormente la opinión negativa de Champcommunal. Existen, además, consideraciones de Derecho privado y motivos de Derecho público que repugnan esa conversión.

En orden al Derecho privado, porque siendo la esencia propia de la *deuda de valor* la conmutación estimatoria de un contenido económico, si se atribuyese este carácter a la *deuda propiamente dineraria*, esto es a la que tiene su origen en la entrega o en la designación específica de numerario, resultaría una absurda falta de correlación y sincronismo entre la prestación y la contraprestación, con injuria, en la mayoría de los casos, para la equidad. En los supuestos de deudas alimenticias, de resarcimiento de daños —por no hacer referencia más que a los ejemplos que ofrece la citada sentencia del Tribunal Supremo— lo debido no es una cantidad de dinero; lo es el valor, la estimación económica de los alimentos a satisfacer, de los daños a reparar; y lo mismo unos que otros pueden exigir un diferente gasto de moneda según las circunstancias que concurren al tiempo de ser cumplidas las respectivas deudas. Mas en las obligaciones *típicamente dinerarias*, lo debido es pura y sencillamente la misma cantidad y la misma especie monetaria recibida, según el valor que para su curso legal tenga asignado. Una interpretación teleológica de los contratos, la basada en el fin jurídico que por su naturaleza especial persiga cada clase de ellos, pone de relieve la imposibilidad de la referida conversión de deudas. En la de *valor*, la prestación que la produce es la causa potencial que crea una obligación de restituir el mismo valor recibido, como fin decisivo. La dineraria tiene como arranque, por su naturaleza, la regulación por la ley, o la adquisición mediante el contrato, de una suma de numerario; y como finalidad la prestación dineraria prevista legalmente o el reembolso de la suma recibida.

También el Derecho público repele esa posibilidad de conversión. Y ello, porque el Estado —en concepción de Nussbaum— es el señor efectivo del tráfico monetario y su soberanía comprende la facultad de regular legalmente la circulación del dinero en todo el territorio en que la ejerce y, especialmente, la de decretar disposiciones relativas a la obligatoriedad de aceptación. Y siendo así, ha

de aceptarse como paradigma que la facultad de valuar la moneda, como todo lo referente a ella, es privativa del Estado. El y solamente él es quien, en casos excepcionales, puede fijar *normas de reducción o de cambio de la moneda*, que a esto es a lo que equivale la conversión en *deudas de valor* de las *puramente dinerarias*. Como sucedió en el doloroso trance de nuestra pasada guerra de liberación. El nuevo Estado español no permitió que los particulares, ni aun los Tribunales siquiera, aquéllos autónomamente, éstos con aplicación del derecho positivo vigente a la sazón, fijaren la valencia de las dos clases de moneda, la roja y la nacional, para la extinción de las obligaciones cumplidas con el pago de la primera de dichas clases de moneda. Por el contrario, recabó para la plenitud de su soberanía esta facultad, y, al efecto, dictó una serie de disposiciones especiales, verdadero ordenamiento revisionista —dice Puig Peña— configurado en dos fases: la de bloqueo y suspensión (ley de 13 de octubre de 1938 y 1.º de abril de 1939) y la de desbloqueo (ley de 7 de diciembre de 1939). Y esta ley de desbloqueo, en su artículo 12, establece al efecto las verdaderas *normas de reducción o de cambio* por medio de los coeficientes o porcentajes que señala. Como ya de un modo análogo hiciera la ley alemana de 16 de julio de 1925 dictada para la revalorización de créditos. Hacer extensivo este atributo de la soberanía a la decisión de los contratantes, es desconocer u olvidar que, como afirma la sentencia de 2 de marzo de 1943, las normas dictadas para estos casos por el Poder público tienen un carácter excepcionalísimo.

Una breve incursión en la legislación extranjera nos hará ver cómo el *nominalismo* impuesto para el pago de las *deudas dinerarias* obsta a su conversión en *deudas de valor*.

Tanto el Código francés como el italiano anterior a la era fascista, en sus artículos 1.895 y 1.821, respectivamente, disponen que la obligación de un préstamo en dinero no es otra que la suma enunciada en el contrato. Y añaden que si hubiere aumento o disminución de la moneda antes de la época del pago, el deudor deberá abonar la suma numérica prestada y no está obligado a pagar más que esta suma en las especies que tengan curso legal en el momento del pago. Doctrina que, con carácter más amplio, acoge el Código civil italiano de 1942 en su artículo 1.277 bajo el epígrafe «Débito de suma de dinero». «El débito pecuniario se extingue con moneda de curso

légel en el Estado al tiempo del pago y por su valor nominal. Si la suma debida estaba determinada en una moneda que no tenga curso legal al tiempo de pago, éste deberá hacerse en moneda legal regulada por el valor de la primera.» Análogamente el artículo 245 del Código civil alemán preceptúa que cuando la deuda de dinero hubiere de ser pagada en una determinada especie que no se halle en circulación en la época del pago, éste se hará como si la especie no se hubiere determinado.» Y el artículo 619 del Código civil argentino prescribe: «Si la obligación del deudor fuere de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación.»

La distinción de las *deudas de valor* y de las *deudas dinerarias* precedentemente formulada, lo ha sido por parecer conveniente para llegar a la conclusión de que las cláusulas estabilizadoras son o no contrarias a la ley, según que estén referidas a una u otra clase de aquellas deudas. Independientemente de cuanto a este respecto se dijo antes en relación con la cláusula de *pago en moneda extranjera* y de la de *pago en especie*, no se encuentra fácilmente razón alguna por la que pueda tacharse de opuestos a la ley los pactos de previsión de valor de la moneda en las *deudas de valor*. Pudiera añadirse que, en algunos casos, son no ya opuestos, sino conformes a la ley misma. Y en todos, quizá, de acuerdo con la equidad, porque con tales pactos se busca la conmutación o equilibrio entre los intereses contrapuestos de los contratantes. Mas cuando se trata de *deudas dinerarias*, la oposición de las referidas cláusulas a la ley es manifiesta porque se establecen precisamente para desvirtuar los preceptos normativos que rigen la vida legal de las mismas deudas.

En demostración de este último aserto, relaciónesele con la deuda de dinero a que genéricamente se contrae el artículo 1.170 del Código civil. El pago de estas deudas «ha de hacerse en la especie (monetaria) pactada; y no siendo posible entregar la especie en moneda de plata u oro que tenga curso legal en España». Este precepto, dictado en tiempos de sistema metalista, había de referirse necesariamente, y así lo hizo, a la única clase de moneda de curso legal a la sazón existente; por eso exigió que el pago se efectuase en las especies de aceptación forzosa entonces reconocidas. Y, como

su texto literal expresa, es aplicable únicamente a las deudas de dinero; excluye las que consistan en entregar cosas o valores, aunque estén expresadas por una cantidad nominal que sirva de base para regular un rédito o para determinar la participación en un haber común (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de noviembre de 1896); o lo que es igual, regula exclusivamente las *deudas dinerarias*, pero no las de *valor*. En definitiva, este artículo 1.170 deja en libertad a los particulares para que designen la especie monetaria que les convenga; y una vez designada la especie, en ella habrá de hacerse preceptivamente el pago. ¿Por qué valor? Si se concuerda esta disposición con la legislación vigente al tiempo de su promulgación se comprenderá que no puede ser otro que el nominal de la especie pactada. Y si esa especie fuere la unidad monetaria española, el valor de ella no puede ser más que uno: su nominal, el que para todos los efectos de su curso, y por tanto el liberatorio, le atribuyó el decreto de 19 de octubre de 1868. Ahora bien; como quiera que el sistema legal de pagos no ha experimentado en España modificación alguna después de retirada de la circulación la moneda metálica, y como la de curso forzoso que la ha sustituido tiene igual valor nominal que la sustituida, se impone la conclusión de que el referido artículo 1.170 no necesitaba hacer una declaración expresa de que aceptaba la teoría nominalista, porque implícitamente quedaba aceptada en los términos de su redacción, si se los concordaba con la citada ley de 1868.

Aceptación que también se contiene, pero ya de modo explícito, en el artículo 312 del Código de Comercio cuando del préstamo mercantil se trata; para su solución devolverá el prestatario «una cantidad igual a la recibida con arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de su devolución, salvo que se hubiere pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que hubiese experimentado su valor será en daño o en beneficio del prestador».

La conclusión precedentemente deducida que distingue la *deuda de valor* de la *estrictamente dineraria* para estimar que solamente en la segunda son opuestas a la ley las cláusulas de estabilización, coincide con la que ya había emitido De Gregorio —según referencia que de ella hace Roca Sastre—; «fundándose en que en los contratos conmutativos la prestación pecuniaria está contrabalanceada

por la contraprestación de bienes reales, cosa que no se da en el mutuo». La objeción contraria de que tanto en el préstamo como en los contratos sobre bienes reales existe un juego de valores más que de dinero, porque así como el numerario objeto de aquél pudo ser invertido en la adquisición de bienes con valor intrínseco y, en los contratos conmutativos, el adquirente de esas cosas pudo venderlas y lucrarse con el aumento de precio obtenido a consecuencia del desmerecimiento de la moneda, parece inconsistente y deleznable. Porque, en primer término, necesita recurrir a una serie de posibilidades que tanto pudieran darse favorable como adversamente, y sin embargo esa contingencia aleatoria se la considera siempre ventajosa. En segundo término, el prestamista, singularmente el habitual, se inclina por temperamento a invertir su dinero en préstamos porque ellos le reportan una ganancia cómoda y segura. Y, finalmente, porque el valor potencial del dinero es inerte mientras no se le dé sustantividad mediante su empleo. Ese prestamista que pudo comprar y no compró, ¿es equitativo que se lucre con la compra afortunada que otro haya hecho cuando no ha de perjudicarse si tal adquisición resultare lesiva para el comprador?

Por último, si las cláusulas de estabilización son contrarias o conformes a la ley de 9 de noviembre de 1939, es materia que tiene mayor oportunidad de examen al tratar de si dichas cláusulas son o no incompatibles con el orden público.

*Oposición a la moral.*—Una faceta de la cuestión que convendría examinar en cada caso concreto, porque la expresión de la cláusula respectiva puede influir decisivamente en su moralidad. Mas como aquí no se trata de analizar cláusula alguna individualizada, las consideraciones que a continuación se hagan habrán de referirse, en términos generales, al motivo causal de esta especie de cláusulas en general y a la extensión de su eficacia; todo ello en el marco que diseñan las normas de la moral contractual.

Quedó expuesto al comienzo de este trabajo que las referidas cláusulas están animadas siempre por el propósito de salvaguardar el valor comercial de la moneda para el supuesto de su desmerecimiento posterior. Y he aquí cómo este motivo puede investir de falta de moralidad a la cláusula estabilizadora, según la formulación que de ella se haga.

En el caso, por ejemplo, de que la previsión de valor se limite exclusivamente al evento de la depreciación monetaria y no, también, a la hipótesis de su revalorización; porque en tal supuesto adolecerá de *exorbitancia*, ya que con semejante fórmula se atribuyen todas las ventajas a una sola de las partes. Porque no estando prevista la reapreciación de la moneda como causa determinante de alteración de la cantidad que haya de reintegrar el deudor, si tal reapreciación se produjera, el pacto de referencia será inoperante y el acreedor percibirá una cantidad igual a la del origen del contrato, moneda que tendrá el mismo valor nominal, pero que habrá aumentado de poder adquisitivo. Es decir, que si la moneda experimenta alguna variación en más o en menos de su actual valor comercial, el acreedor obtendrá un evidente beneficio. El deudor, en cambio, salvo que la moneda permanezca inalterable en su utilidad, habrá de reintegrar: o una mayor suma de monedas que la estipulada, o la misma cifra convenida, pero de mayor capacidad adquisitiva. Y aquí está la oposición de la cláusula así expresada a la moral contractual, en que mediante ella se atribuyen en un contrato oneroso todas sus ventajas a una de las partes contratantes sin equitativa conmutación para la otra. Ello es tan evidente, que uno de los más decididos defensores de esta especie de cláusulas de garantía entiende que en el caso de alza real, «por correlación con la valoración de los créditos, en caso de depreciación, el alza a su vez justificaría una reducción de la deuda, y así ocurrió en Francia cuando bajo el Directorio se volvió a la moneda metálica» (Foncillas). Y en verdad que solamente de esta manera, con la valoración del crédito o reducción de la deuda, según los casos, quedaría cumplido el viejo y eterno principio *equo et bona fides*.

Y si con una perspectiva más amplia que la del interés personal de los contratantes se examina la cláusula en su formulación indicada, la conclusión será idéntica. Supóngase, en efecto, que durante la vida del contrato que contiene la referida estipulación se produce el supuesto previsto, que la moneda se deprecie. Tal adversidad equivaldría a un lamentable quebranto en la economía nacional. El perjuicio debería alcanzar por igual y proporcionalmente a todos los ciudadanos por un elemental principio de solidaridad colectiva. Esto parece lo más lógico y, desde luego, sería lo más equitativo. Mas si se reconoce eficacia a la referida cláusula no sucede-

ría de tan lógica y equitativa manera. Por el contrario, los individuos que integrando la comunidad nacional hubieren precavido la contingencia depreciatoria, que entregaron una moneda objeto de ulterior depreciación, quedarían indemnes de ese quebranto colectivo por cuanto la moneda que habrían de recibir en pago de la entregada por ellos, no obstante su devaluación, no experimentaría merma alguna de su valor. El daño que a ellos proporcionalmente cupiese quedaría eludido merced a su insolidaridad en la adversidad nacional; para refluir, no ya en la colectividad, sino en daño de quienes con ellos contrataron, los cuales, por consiguiente, sufrirían un doble perjuicio: el que proporcionalmente les correspondiese en el quebranto de la economía del país y el que les sobreviniera por la indemnidad de sus acreedores.

La construcción teórica que pretende justificar la legalidad de las cláusulas de estabilización por la figura jurídica del desplazamiento del riesgo, será o no convincente para el expresado objeto, que no es este el lugar adecuado para su liberación. Pero sí es indudable que por ella se acusa la oposición a la moral de tales cláusulas en las deudas dinerarias. Los propugnadores de aquella teoría ven en dicho desplazamiento un contrato de seguro mediante el cual el acreedor se cubre del riesgo que para él representaría el desmerecimiento de la moneda al tiempo de serle pagada la suma adeudada. Siendo así, tendremos en ese contrato de seguro: un asegurador, el deudor; un asegurado o beneficiario, el acreedor, y un precio o prima, la representada por la mayor suma dineraria que percibiría el asegurado y pagaría el asegurador en caso de siniestro (depreciación de la moneda). Es decir, todos los elementos que integran el contrato de seguro, según el artículo 1.791 del Código civil. Pero un contrato de seguro *sui generis*, porque en él la prima o precio no habrá de satisfacerla el asegurado y percibirla el asegurador, sino que, por el contrario, es éste el que pagará a aquél la cantidad que representa el precio del seguro. En definitiva: una estipulación de pronunciado matiz usurario en la que la carga obligacional pesa exclusivamente sobre una de las partes contratantes con quiebra absoluta del equilibrio de intereses que debe existir para que sea equitativa y moral toda convención onerosa.

*Oposición al orden público.*—Es el «orden público» en su signi-



ficación jurídica, que no policial, un concepto unánimemente sentido, pero acaso el peor definido. Una noción de él lo considera como condición del desarrollo económico de todas las necesidades humanas confundidas en el régimen de un Estado (A. Posada). O como las normas dictadas para garantizar los intereses del Estado bajo el aspecto moral, económico y político (Savigny). O como una necesidad establecida para que tenga virtualidad la finalidad propuesta por el Estado (De Buen). O como el orden general preceptivo y uniforme (S. Román).

Si se coordina cualquiera de estas nociones del «orden público» con la finalidad que se proponen las cláusulas de estabilización, se comprenderá que en la generalidad de los casos el establecimiento de aquéllas, como medidas previsoras de la depreciación monetaria, va contra las normas o necesidades que el Estado considera indispensables para garantizar sus intereses y hacer eficiente la realidad económica y jurídica de su desenvolvimiento, pues como perspicazmente dice Pelayo Hore, la previsión de una devaluación monetaria contribuye poderosamente a la disminución de valor de la moneda.

Y así es, en efecto. Porque un claro exponente de la prosperidad económica de una nación es la firmeza y solidez de su moneda. Esta será tanto más apreciada cuanto mayor sea el progreso económico del país respectivo. Por eso cuando una economía nacional se debilita, el desfallecimiento repercute fatalmente en su moneda. Y a la inversa; si una moneda sufre detrimento de su valor en tráfico, la economía nacional experimenta también un quebranto análogo. De ahí que el Poder público en todos los Estados constituidos procure por cuantos medios esté a su alcance fortalecer el prestigio de su moneda con la adopción de medidas conducentes a esa finalidad. Ya sean de rango legislativo, o de orden fiscal, o de carácter administrativo; con sentido de emergencia o de estabilidad; circunscritas al ámbito nacional o con repercusión al exterior. Según las circunstancias lo aconsejen o demanden, porque la salud del pueblo, como suprema ley, es la más firme garantía del orden público y de la tranquilidad social. Todas y cada una de esas disposiciones son de «orden público», porque todas y cada una de ellas tienden al desarrollo económico de la comunidad implicada en un régimen de Estado; tienen por objeto garantizar los intereses del Estado mismo en

su aspecto económico y jurídico; son indispensables para la finalidad propuesta por la organización estatal. Por eso la unánime consideración entre los tratadistas de ser de «orden público» las medidas monetarias y fiscales que el Estado adopte. Y también en la tradición jurídica española, que desde los tiempos del Fuero Viejo de Castilla (ley 1.<sup>a</sup>, título I, libro I) se incluye la moneda entre los cuatro atributos inalienables de la soberanía.

Y entre las medidas del Poder público en defensa de su moneda figura siempre, con preferencia a todas, la de imponer entre sus nacionales un valor rígido y constante a la unidad monetaria que emita, dotándola de plena fuerza liberatoria por su valor representativo en tanto no juzgue conveniente, en ejercicio de su imperio, modificar ese valor. Tal hizo el Estado Nacional español tan pronto como su soberanía pudo hacerse efectiva en toda la geografía de la nación, dictando para ello la ley de 9 de noviembre de 1939, que en su artículo 1.<sup>o</sup> dispuso: «Los billetes del Banco emisor son *preceptivamente* medio legal de pago con pleno poder liberatorio.»

¿Se compagina con este imperativo precepto la cláusula mediante la cual se supedita la eficacia liberatoria de la moneda a la invariabilidad de su valor comercial? Anticipándonos a la objeción de que las cláusulas estabilizadoras se refieren siempre a la moneda de curso legal, ha de reconocerse que así es, en efecto, pero sólo de un modo aparente, porque existe en tales cláusulas una modalidad capitalísima: la de que cuando regulan la extinción del débito ya no toman la moneda de curso legal (forzoso, sería más exacto), en su plenitud liberatoria. Este absoluto poder extintivo, ínsito en la moneda, queda atribuido al módulo determinador de su valor. Esto es, que la moneda no tendrá ya por sí misma potencia liberatoria en adecuación con el valor que le tenga atribuido el Estado, sino en proporción con algún otro elemento que para ese objeto se haya elegido. Queda, por consiguiente, desvirtuada la ley de 9 de noviembre de 1939, fundamental en nuestro sistema monetario, porque generalizado el empleo de las cláusulas de estabilización, la moneda sería meramente un signo, que no una realidad. Lo real sería el precio del oro o de la plata, o del trigo, o del aceite, o el recargo fiscal para los derechos arancelarios, etc.; cualquier módulo que se tomase para fijar el valor de aquel signo, la moneda. Esta quedaría reducida a un instrumento de legitimación, a un ticket repre-

sentativo de un valor contingente y variable. Y si el factor psicológico es uno de los que más poderosamente contribuyen al prestigio y al descrédito de la moneda, la generalización de esa psicosis que regulase el valor del signo monetario por el precio de un producto cualquiera, provocaría el hundimiento del mismo signo —recuérdese la reciente y triste experiencia de la España roja— con daño irremediable para la economía nacional y para los fines políticos del Estado; aquélla sufriría una regresión de milenios acaso; éstos quedarían maltrechos, cuando no frustrados. Por eso Planiol, convencido por la demostración de algunos economistas, afirma que la difusión de la cláusula «valor oro» apresuraría la depreciación del billete llevándolo en el mercado interno al nivel del descenso sufrido en el mercado exterior, siendo así que la primera es siempre inferior al segundo. Coinciden con esta apreciación los comentaristas de los artículos 1.895 del Código civil francés, 1.821 del italiano anterior al fascismo y 245 del alemán (Demolombe, Larrombiere, Troplong, Duvergier, Guillonard, Aubri, Rau y Nogaro —citados por Foncillas—, Capitant, Pothier, Geny, Enneccerus), los cuales ven en aquellos artículos una verdadera disposición de orden público que ni las partes ni el Juez pueden derogar. Y Nussbaum, que en un estudio dedicado al balance de la teoría de la revalorización, después de examinar retrospectivamente el proceso de la revalorización de las deudas expresadas en marcos, y sin negar la conveniencia ni la necesidad de la revalorización, sostiene que las medidas tomadas en este punto, la elección del momento, etc., eran cosa exclusiva del legislador. Contra el curso forzoso del papel moneda —añade—que el Estado había decretado, no podía el Tribunal del Reich invocar el respeto a la buena fe por tratarse de un precepto formal que impusieron elevadas razones de interés general que no admiten quebrantamiento ni excepción de ninguna clase por consideraciones posibles de intereses particulares lesionados. Para Nussbaum el Tribunal Supremo alemán, adelantándose al legislador y concediendo la revalorización de los créditos expresados en marcos (la llamada revalorización *libre* o *judicial*) traspasó los límites de su función, llevando con ello a la vida jurídica y económica una enorme inseguridad y un grave trastorno.

Existen además otras consideraciones que ponen de manifiesto cómo las cláusulas de estabilización, en general, pugnan no ya con-

tra el orden público, sino también contra el crédito público o del Estado, porque llevan en su propia esencia el germen patógeno que, de difundirse, contaminarían dicho crédito con una virulencia tal que le destruiría.

No es, en efecto, vana conjetura la de suponer que la generalización de las referidas cláusulas producirían indefectiblemente el resultado de que las apelaciones que hiciere el Estado al ahorro nacional para cubrir las necesidades de su hacienda quedarían totalmente desatendidas y, por consiguiente, el Estado que en tal situación se encontrara, privado de los medios económicos indispensables para el cumplimiento de sus propios fines. La realidad enseña que el Estado ofrece la amortización de la Deuda pública y el pago de sus intereses, o sólo esto último cuando la Deuda es perpetua, mediante el reembolso en la moneda que tenga emitida o emita y precisamente por su valor legal al tiempo de la amortización o abono de intereses; moneda que en dichos momentos podrá tener un valor comercial inferior al que mereciere al tiempo de ser suscrita la Deuda. En tales condiciones, ¿qué capital privado concurriría a la suscripción de esa Deuda, así ofrecida, sabiendo que la economía particular le brindaba con el uso unánime, o al menos generalizado, de una cláusula de estabilización el pago de su crédito en términos tan ventajosos que, fuese cual fuese la potencia adquisitiva de la moneda entregada, el acreedor, posible suscriptor de la Deuda pública, quedaba a salvo de toda contingencia desvalorizadora? En verdad que semejante perspectiva invita a la meditación si se quiere que el orden público, en su acepción jurídica, quede salvaguardado.

Conviene destacar, por tratarse de una entidad privilegiada, el significativo ejemplo dado por el Banco Hipotecario de España con el uso que ha hecho después de la ley de 9 de noviembre de 1939 de la cláusula de estabilización inserta en todas las escrituras de hipoteca otorgadas a su favor antes de la vigencia de dicha ley. Según esa cláusula el deudor quedaba obligado a reintegrar el capital prestado «en monedas de oro o plata gruesa y no en otras monedas ni papel de ninguna clase, aunque su curso sea forzoso por disposición de la ley, pues desde ahora para entonces renuncia... (el deudor) al beneficio que la misma ley pueda concederle en contrario».

Pues bien; tan pronto como la citada ley de 1939 entró en vigor,

el Banco Hipotecario de España eliminó de las escrituras de hipoteca que a su favor se han otorgado la copiada cláusula de valor. Y no solamente esto, sino que aun cuando todos los préstamos que hasta entonces tenía concedidos, de los cuales gran parte de ellos, representativos de una cuantiosa masa de dinero, subsisten aún, estaban concertados con la misma cláusula, el Banco Hipotecario no ha intentado siquiera ejercitar los derechos derivados del pacto en cuestión exigiendo, ya que no el pago de moneda de oro o plata por ser imposible después del decreto de 14 de marzo de 1937 y ley de 26 de enero de 1939, que dispusieron la retirada de dicha clase de monedas, el abono en billetes con la prima correspondiente al mayor valor de aquellos metales. ¿Por qué? Seguramente porque el Banco estimara que aquella cláusula era contraria a la ley y, en todo caso, opuesta al orden público. Ciertamente que asombra pensar en el grave problema que el cumplimiento del referido pacto, en su única forma viable, hubiese presentado para la economía de los deudores del mismo Banco; en la enorme inflación que con desprestigio de la moneda de curso forzoso se hubiera provocado, dada la cuantía de los préstamos afectados por la relacionada estipulación.

Los escritores españoles que se han pronunciado en favor de las cláusulas de estabilización, señaladamente en su especie *valor-oro*, han pretendido con rara unanimidad asimilar a dichas cláusulas el proceder del Estado español en diferentes actos de su gestión administrativa o en disposiciones de gobierno, para deducir que tales cláusulas no son contrarias al orden público, ya que el mismo Estado, definidor y mantenedor de ese orden, hace uso de estas garantías de valor. Y señalan concretamente las bases del contrato con la Compañía Telefónica Nacional de España, que estipulaban el pago en oro del rescate de los bienes de dicha Compañía, el recargo sobre el valor de los billetes para el pago de los derechos de aduanas y el pago del canon arrendaticio por fincas rústicas según el valor oficial del trigo. Pero al hacer estas asimilaciones acaso olviden que el contrato con la Telefónica afectaba directa y principalmente a intereses de súbditos extranjeros en forma tal que le revestía de cierto carácter internacional que excedía los límites territoriales de la soberanía del Estado contratante, caso único en el que la validez de la cláusula *valor-oro* es unánimemente aceptada; que la celebración de aquel contrato, a juicio del Gobierno que lo concluyó, beneficia-

ba extraordinariamente los intereses nacionales en orden a las comunicaciones, y en el ejercicio de la suprema autoridad que representaba estableció, como medida excepcionalísima, el pago en oro para el caso de rescate. En cuanto al recargo por los derechos de aduanas, adviértase que constituye exclusivamente una vieja medida de índole puramente fiscal implantada como consecuencia del Real decreto de 30 de noviembre de 1901, y no como defensa de la moneda, sino como recurso para incrementar los ingresos del Tesoro en la profunda reforma tributaria que acometiéndose en aquel entonces, pero que es inaplicable a cualquiera otra imposición contributiva. Y por lo que respecta al señalamiento de la merced arrendaticia de los predios rústicos en trigo, ya quedó expuesta su razón de ser en la síntesis que antes se hizo de la cláusula de *escala móvil*, por lo que sería ocioso repetirla en este lugar.

De todo lo cual resulta que tanto la cláusula *valor-oro* en el contrato con la Telefónica, como el recargo por los derechos de aduanas, como la fijación en trigo de la renta por los arrendamientos rústicos, son disposiciones excepcionalísimas que no pueden ser aplicadas a otras situaciones de la vida misma del Estado, y mucho menos a las relaciones jurídicas entre particulares. Ni aun a pretexto de que de otro modo se lesionarían legítimos intereses, que como reconoce el mismo legislador (preámbulo de la ley de desbloqueo), hay veces en las que «razones especiales, prácticas o de interés público, llegan a predominar sobre el derecho puro, como en otros tantos casos de la ley positiva, cuales son el origen de la prescripción, de la ficción jurídica y de las presunciones *juris et de jure*».

La opinión antes expuesta coincide, en cierto modo, con la sustentada por Pelayo Hore cuando dice que «quien creyera que al amparo del precedente de la ley de arrendamientos rústicos era posible trasladar su solución al campo de las hipotecas, al de los arrendamientos urbanos o de las ventas a plazo, correría el riesgo de que los Tribunales declarasen ilícito el pacto». Y también con la conclusión a que llegaron la legislación y la jurisprudencia francesas; la primera porque emitidos por el Estado cupones de la renta al 4 por 100 con garantía de cambio, el Ministerio de Hacienda de Francia rechazó a las compañías de seguros la autorización para insertar en sus pólizas la cláusula de cupones de dicha renta; la segunda porque declaró que tal cláusula era contraria al orden público. Algo semejan-

te a la ilicitud de la cláusula *valor-plata* en las pólizas de seguros declarada en España por la Real orden de 24 de noviembre de 1926.

\* \* \*

El examen de la jurisprudencia española relativa a la materia objeto de este trabajo no permite deducir una doctrina favorable ni opuesta a la licitud de las cláusulas de valorización, aunque otra muy distinta sea la creencia de los defensores de la cláusula *valor-oro*, porque salvo la motivada por la revisión de pagos con moneda marxista, acaso dicha jurisprudencia esté reducida a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1929, inaplicable a este objeto puesto que la produjo un pago en marcos papel de tan ínfimo valor que su equivalencia era la de una milésima de céntimo español, y a la sentencia del mismo Tribunal, de 23 de abril del mismo año, que resolvió en el sentido de que pactado el pago en moneda metálica o de papel, el deudor cumple entregando cualquiera de estas dos clases de moneda.

Y las restantes sentencias (2 de marzo de 1943, 4 de julio de 1944, 27 de febrero de 1945, 25 de abril, 12 de marzo, 5 de junio y 25 de noviembre de 1946, 9 de enero de 1950, etc.), motivadas, como antes se dice, por revisión de pagos, tampoco pueden constituir doctrina utilizable a este objeto porque tales pagos no fueron realizados con devolución de la misma especie y calidad de moneda, según prescribe el artículo 1.753 del Código civil, ni en moneda que tuviere curso legal en España, como exige el artículo 1.170 del mismo Código, ya que el pago se había hecho en moneda roja. Y es harto sabido, como dice un ilustre catedrático, que donde no había más que una moneda aparecen durante nuestra guerra de liberación dos comunidades distintas de pago, dos pesetas diferentes, dos cambios exteriores dispares, dos poderes adquisitivos en completa divergencia. No podía, por consiguiente, reconocerse por la justicia de una de esas dos comunidades de pago validez extintiva a los realizados con la moneda de la otra comunidad, porque la moneda entregada era no solamente distinta, sino también antagónica e ilegítima.

En cambio, el Tribunal arbitral de Censos de Barcelona, en sentencias de 9 de enero de 1947, 7 de julio y 10 de noviembre de 1948 —según afirma Roca Sastre— «ha negado eficacia a la cláusula

*valor-oro* contenida en escrituras de constitución de censos enfiteúaticos y referida al supuesto de redención. Pero los argumentos que utiliza este Tribunal para fundar tales pronunciamientos no son convincentes y algunos de ellos carecen de consistencia y adolecen de extrema candidez». Y así es ciertamente a juzgar por los aludidos fundamentos, que Roca Sastre extracta.

\* \* \*

Otro de los problemas que en orden al Derecho civil plantean las cláusulas de estabilización es el de si, en el caso de reputárselas ilícitas, la ilicitud alcanza a la totalidad del contrato o solamente a la cláusula estimada nula, problema que la jurisprudencia francesa ha resuelto en el sentido de la nulidad parcial, excepto cuando la cláusula ha sido la causa determinante del contrato, en cuya hipótesis declara resuelto éste.

En el Derecho registral ese problema no existe porque lo ha resuelto definitivamente el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Y resuelto acertadamente de conformidad con la jurisprudencia hipotecaria anterior habiendo en cuenta que la calificación registral no tiene otro alcance que el de inscribir, suspender o denegar los títulos presentados para inscripción, pero no obsta para que los interesados puedan ventilar ante los Tribunales la validez del acto, contrato o estipulación denegado o suspendido y sin que aquella calificación prejuzgue el resultado del procedimiento judicial adecuado (artículo 100 del mismo Reglamento). Será en ese proceso donde tras una amplia discusión y ante la presencia de medios probatorios de que el Registrador no puede disponer, con los elementos de juicio necesarios, podrán los Tribunales resolver en definitiva acerca de la licitud controvertida.

La solución que el citado precepto reglamentario ofrece es la de la denegación parcial; la de inscripción del acto o contrato con exclusión de la cláusula reputada ilícita, previa la conformidad del presentante del documento a que la inscripción se practique en dichos términos.

\* \* \*

Aunque son varios los negocios jurídicos en los que se pactan



cláusulas de estabilización, el más frecuente es el de la hipoteca de seguridad. Y puede suceder que, no obstante considerárselas, en algún caso, legalmente válidas, bien por sus características especiales, ya por criterio doctrinal del Registrador, corren el peligro de devenir ininscribibles si para su formulación no se tuvo presente el principio de especialidad que referido a la hipoteca se denomina más concretamente de *determinación*, básico en el sistema registral español. Mediante él, no sólo han de ser especificados los derechos reales, las fincas o las participaciones de unos y otras objeto de hipoteca, sino que, además, ha de expresarse numéricamente la cuantía de la obligación asegurada; que, como decía la Exposición de Motivos de la ley de 1861, «en tanto puede decirse que ésta (la hipoteca) es pública, en cuanto esté inscrita en el Registro con individual expresión de la finca a que afecta y de la cantidad a que se extiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad». Este fundamental principio de determinación está centrado, por lo que al caso interesa, en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según el cual las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la cantidad asegurada...

Mas como la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones (artículo 105 de la Ley Hipotecaria), ha de admitirse la posibilidad, hecha realidad en muchas ocasiones, de que con ella se amparen no solamente créditos determinados, sino también los indeterminados o variables, ya sean actuales, futuros o eventuales, y los expresados en moneda extranjera de valor fluctuante con relación a la nacional. Sirvan de ejemplo para el caso supuesto las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, de cuentas corrientes y de pago en moneda extranjera a que se refieren los artículos 142 y 153 de la citada ley y 219 de su Reglamento, con la exigencia de que la responsabilidad se fije en moneda nacional.

Y así acontece también en los sistemas hipotecarios extranjeros de mayor prestigio. En el suizo, por previsión de los artículos 824 y 825 y del 794 del Código civil de aquella nación. En el alemán, conforme a los artículos 1.113 y siguientes de su Código civil, 28 de su Ordenanza inmobiliaria y Decreto de 13 de febrero de 1920 que permitió las *hipotecas de valuta*.

Claro que con esta permisión de hipotecas en garantía de créditos imprecisos en su cuantía habría quedado infringido el principio

de *determinación* si, tanto en nuestro país como en los antes dichos, no se hubiese cuidado el legislador de adoptar las previsiones necesarias para impedirlo. Y el medio que todos ellos pusieron en acción fué el de la hipoteca denominada de *máximum*, exigida por los citados artículos 153 y 219 de nuestra Ley Hipotecaria y su Reglamento, respectivamente, 784 del Código civil suizo y 1.190 del alemán, mediante la cual ha de *determinarse* la responsabilidad máxima de cada uno de los bienes gravados; forma de hipoteca la más apropiada para garantizar créditos a largo plazo y de contenido variable, porque con ella la garantía se ciñe al crédito y le sigue en sus vicisitudes, ya aumente o disminuya. Y con esta modalidad de gravamen las obligaciones aseguradas con hipoteca pueden tener por objeto de las más variadas prestaciones o referirse a las más desconocidas divisas, como decía la Resolución de 15 de febrero de 1926, «pero siempre con la condición de que se determine el *máximum* de la responsabilidad hipotecaria en moneda que tenga curso legal en España».

Consecuencia: las hipotecas de seguridad afectadas por alguna cláusula de estabilización, para ser inscribibles —en la hipótesis de que se acepte su licitud— han de estar configuradas en la forma de *hipoteca de máximum*, pues sólo de esta manera queda respetado el principio fundamental de *determinación*.



Quedan esbozados, si no todos, algunos de los puntos de intercesión de las cláusulas estabilizadoras y el Registro de la Propiedad. Con mucha menos concisión de la siempre deseable, no obstante haberse eludido deliberadamente la exposición de otras fases de aquellos que incitaban a su estudio. Pero al menos en las precedentes notas queda acusada la importancia del tema en el Derecho hipotecario, al que lleva su indudable interés porque no puede ser totalmente contenido en el ámbito del Derecho civil. Merecen, pues, las cláusulas de estabilización ser objeto de especial consideración desde el punto de vista del Derecho hipotecario. Y, desde luego, con mayor profundidad y acierto que lo han sido en dichas notas.

VALERIANO DE TENA  
Registrador de la Propiedad

# Revisión de ideas <sup>(1)</sup>

## IX

### INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA

Se parte del sistema inmobiliario español, en el que los Derechos reales nacen, se transmiten y extinguen en el campo civil exclusivamente y en el que la inscripción registral se proyecta adjetivamente en la forma que conocemos. Régimen vigente, libre y conscientemente querido.

Por lo tanto es consustancial al sistema inmobiliario español la voluntariedad de la inscripción, como su obligatoriedad es incompatible con el mismo. La pretensión por parte del legislador de simultanear ambos extremos incompatibles entrará en el campo de la anormalidad jurídica.

Por eso son tan expresivas las sencillas palabras de la Exposición de Motivos de la ley primitiva de 1861: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del proyecto, que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro.»

Sin embargo, la expresión de la idea en la misma ley primitiva, por razones que ignoramos, pero suponemos subrepticias, fué la siguiente: «No se admitirá en los Juzgados y Tribunales ordinarios

(1) Véanse los números 261 a 269 de esta Revista.

y especiales, en los Consejos y en las Oficinas del Gobierno, ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro, si por él se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguieren derechos sujetos a inscripción, según la misma ley.» (Art. 396.)

Fué preciso modificarlo, dando al pensamiento de la Exposición de Motivos su adecuada expresión, y en consecuencia la ley de 1869 añadió al citado artículo 396 las palabras «si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscrito».

Se ciñe así el sistema a su propio cuerpo.

Al principio de este trabajo y a lo largo de él, hemos visto la obsesión germanizante de nuestros hipotecaristas. Y ahora mostramos su culminación en el legislador hipotecario de la ley de 1944, cuyo artículo 355 dice: «Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado, Provincia o Municipio, no admitirán ningún documento o escritura por el cual se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan Derechos reales sujetos a inscripción, si antes no se tomó de ellos razón en el Registro.»

Rotundamente afirmamos: si ha pretendido la introducción en España del sistema inmobiliario germánico, no lo habrá logrado el legislador.

Para ello sólo existe un camino: derogar el español e implantar el germánico. Directamente. En el Derecho civil patrio. No mediante juego de ideas y palabras. «valor constitutivo de la inscripción», «inscripción obligatoria», etc., sino operando en la base misma que encubren: nueva organización jurídica inmobiliaria española. Antitética de la actual. Destructiva de la actual en sus propias bases.

Sólo este procedimiento rectilíneo será capaz de lograr aquel propósito. El seguido equivale a introducir subrepticamente en el sistema español una pieza jurídica extraña, con la pretensión de transformarlo en el sistema germánico, de que es eje aquella pieza. Tosca pieza, que introducida como palanqueta, será escupida limpiamente, sin que haga saltar el sistema violentado, cuyo material es de calidad y dureza diamantina.

Veamos, no obstante, su inmediato efecto innovativo: la apa-

rente destrucción del sistema español. Más aún: del Derecho en sí mismo. Por fortuna, todo ello en apariencia tan sólo, porque el poder destructivo excede del de legislador, y la pretensión se vuelve inexorablemente contra él, destruyéndole como legislador.

Veamos el cuadro.

En definitiva, el Derecho ha ordenado la vida jurídica de la sociedad, estableciendo un sistema civil de nacimiento, transmisión y extinción de Derechos reales, con arreglo al cual desenvuelve dicha sociedad sus relaciones con las cosas. No hay otro Derecho. Y es todo el Derecho. Con el mismo, adopta el hombre la posición jurídica que, mediante ser reconocida y defendida por el Derecho, logra el orden y la paz social. Adquiere el dominio, constituye usufructos y servidumbre, transmite las titularidades y éstas se extinguen. Ese orden social depende de la fuerza que, ofensiva y defensivamente, le confiere el sistema jurídico civil, que se caracteriza en las titularidades reales por llevar en sí mismas el poder que las hace e impone trascendentes.

Se parte ahora de que queda inalterable e inalterado el orden así creado y el que en adelante así se cree. Pero se le niega su protección. Se prohíbe su protección. Ya no existe un Derecho integral, sino un Derecho desintegrado. Un sólo y único Derecho, del que ha desintegrado la protección, única garantía de la sociedad en su deseo de orden. Única base de la efectividad del Derecho. El propio ser de Derecho, su esencia última. No es ya derecho, por lo tanto. La vida social que moldea no es ordenada jurídicamente, sino que se orienta al caos y al desorden. Al antiderecho, en suma. En adelante, el hombre, la sociedad, defenderá el orden vital, las posiciones jurídicas que ha logrado con estricta sujeción a la ley civil vigente, con sus propios medios, directa y personalmente, con su fuerza material, sin ayuda ni protección de los órganos oficiales; anárquicamente.

Así lo ordena el transcrito artículo 355 a los Jueces, Oficinas, funcionarios y Tribunales, a la sociedad en suma.

Desde luego, ésta seguirá desenvolviéndose como antes. No hay alternativa para ella. Es, además, superior a la ley. Es toda la vida jurídica la que se pretende desviar por el legislador, que ignora su impotencia. Y que parece ignorar también que los Jueces y funcionarios a que se dirige forman parte integrante de la sociedad,

siendo su cuerpo de acción; y constituyen en su integridad el Derecho vital que jamás podrá ser desintegrado. No acatarán la orden, no por rebelarse contra ella, sino por ser inacatable; pero entre tanto la sentirán restallar, conturbando su mentalidad jurídica, casi con dolor físico, y al desacátarla se sentirán también conturbados moralmente, casi con angustia física.

La reacción les obligará, por último, a acudir al palenque en formación de batalla. Doctrinalmente, se adelantará Sanz, contundente como siempre: «El Código civil no está derogado, y es el sistema sustantivo de los Derechos reales.» «No hay derogación, sino contradicción.» «El funcionario que admita los documentos no inscritos no será sancionado.» «Tampoco los particulares.» «El documento surtirá plenos efectos, puesto que es perfecto con arreglo al Código civil y a la propia Ley Hipotecaria.» «El artículo 355 está condenado al fracaso.» «Es letra muerta.»

Ahora bien. El artículo 355 se transforma en el 313 de la ley de 1946. «Prohíbe la admisión de documentos» «si el objeto de la presentación fuera hacer efectiva, *en perjuicio de tercero*, un derecho que debió ser inscrito.»

¿Cuál es el alcance de la modificación?

A través de la interpretación de Roca Sastre, deducimos que prácticamente ninguno.

Según él, prevé dos supuestos: a) Presentación de documentos registrables no registrados, cuando recaen sobre fincas ya inmatriculadas. No se admiten en ningún caso; y b) Presentación de documentos registrables no registrados, cuando recaen sobre fincas no registradas. No se admiten cuando se hacen valor contra tercero. Y siendo tercero todo extraño (criterio personal del autor), sólo se admiten cuando una de las partes del documento o sus herederos intenta hacerlo valer contra la otra parte o sus herederos.

En definitiva, como vemos, nos hallamos prácticamente, según Roca Sastre, ante el mismo artículo 355 que antes comentamos.

Serán válidos todos los argumentos de Sanz para considerarlo letra muerta, rechazable por la sociedad y por los funcionarios a que se dirige.

Reforzados ahora por el mismo Roca Sastre, que situándose también como siempre en la realidad, no vacila en motejarlo de extraño, arcaico, impropio de figurar en la ley y condenado a ser letra muerta.

Si supiéramos que la autoridad indudable de Sanz y de Roca, por una vez unidas en suma de valores máximos, lograría «la inadmisibilidad del propio precepto legal» por los Tribunales, haríamos aquí punto final; pero en la duda daremos nuestra propia interpretación.

La haremos bajo el signo del sistema español, de que aquel precepto es parte tan sólo, y que nos dará el significado de sus términos de expresión con supeditación a aquel sistema.

Lo fundamental del artículo 313 es la inadmisibilidad de los documentos registrables, «si el objeto de la presentación es hacer efectivo, *en perjuicio de tercero*, un derecho que debió ser inscrito».

En un sistema de inscripción obligatoria, o si se quiere de inscripción constitutiva, tiene pleno significado la frase «que *debió ser inscrito*», pero no en el Derecho español, en el que no existe derecho alguno que deba ser inscrito para que lo sea. No hay deber de inscripción. La inscripción es voluntaria. Sin ella, no obstante, es derecho. Será preciso asociar el concepto interferido como determinante: «que debió ser inscrito en perjuicio de tercero».

A su vez, este término de expresión, «tercero», en un sistema en que la inscripción sea constitutiva, sitúa frente a frente a los contratantes y a los extraños. Y estos extraños, terceros vulgares, abarcan la sociedad entera. Si ésta se opone a la trascendencia real, o sea a que el derecho real se haya producido, alegará no su cualidad de tercero, sino la inexistencia general y universal del derecho real, el no nacimiento del mismo, su negación, en suma, por virtud del sistema constitutivo que alega.

En el Derecho español todo difiere fundamentalmente. No sólo no hay obligación de inscribir, sino que lo no inscrito surte sus propios efectos jurídicos. Si lo no inscrito es un título o documento de creación, transmisión o extinción de Derechos reales (sea documento público o sea privado, revestido de los presupuestos necesarios, de fondo, forma, preexistencia y autenticidad en cuanto a su fecha), ese título surte los efectos pretendidos: crea, transmite o extingue. Y como crea, transmite y extingue un derecho real, y la esencia de ese carácter real es su trascendencia universal para contratantes y extraños, se ha logrado esa trascendencia, que impone y reconoce el Derecho español. No hay terceros, si se pretende dar a este término un significado jurídico diferente al de partes, y menos todavía

si se pretende que esos terceros pueden oponerse a la eficacia del negocio y a su cualidad de trascendente para ellos, basándose en que son terceros y que por ello no se ha constituido ni existe el derecho real trascendente por no haber sido inscrito en el Registro (se involucran conceptos por influjo hipotecarista, según veremos seguidamente).

No. En el Derecho español, la trascendencia, por ser universal la realidad trascendente del derecho real, por serlo y para serlo, no ha requerido inscripción alguna. Se ha producido en el sistema civil, único regulador de la vida del derecho real. En el título no inscrito.

Para evitar esa incertidumbre de realidad que se proyecta para la sociedad en el sistema español, se ha ideado la proyección sobre el mismo del sistema registral, también netamente español, en la forma que expusimos en la primera parte, y que por ello exige campo propio de actuación con neta sujeción al sistema total que implica. De aquella masa general, terceros vulgares, surge un beneficiario del sistema registral (titular protegido, o tercero jurídico ahora), que detiene en su beneficio aquel juego civil. Y se sintetiza la idea en la expresión «los títulos no inscritos no le perjudican» (artículos 23, 17 y 20 primitivos). Se deduce: a) No hay más tercero, contra el juego civil trascendente, que el titular, protegido por el sistema registral. b) Este ha nacido por haberse acogido, mediante la inscripción, al sistema protector, sistema e inscripción que despreció el titular civil; y c) Para impedir la existencia de este titular registral o tercero que detiene la trascendencia universal del negocio civil bastará que el titular civil inscriba su título. En tal caso no podrá surgir ni existirá tercero jurídico como término de oposición a sus efectos universales (artículos 25 y 27 primitivos).

Su expresión defectuosa será: «Deberán ser inscritos para que causen perjuicios a terceros.»

La expresión acertada será: «Deberán ser inscritos si se quiere que no haya un tercero o titular registral protegido (de los artículos 23 y 17) que detenga, para el mismo, el vigor de trascendencia y realidad civil del título no inscrito», o bien «debiera haber sido inscrito anteriormente, ya que no podrá hacerlo después, por impedírselo el espíritu del sistema, materializado en la prohibición del artículo 17 y la orden del artículo 20».



Volviendo al artículo 313 vemos que se ha utilizado aquella expresión defectuosa. Con arreglo a lo expresado, el término «que debió ser inscrito en perjuicio de tercero» a que hemos llegado en la interpretación emprendida, significará exactamente «que debió ser inscrito si quiso impedir que el titular posterior inscrito le perjudicase por los beneficios registrales que su inscripción le confiere». Y se desenvolverá como sigue: «por no haber sido inscrito no puede perjudicar al tercero o titular inscrito»—«y por ello, en su perjuicio, no será admitido en los Tribunales»—.

Resulta así claro y sencillo el juego del sistema general español. Y a él deberá ajustarse la aplicación del precepto que comentamos, sin dar al mismo mayor fuerza que la que el sistema quiere para el titular protegido o tercero. Con sutil aplicación, adaptada al sutil juego de aquel sistema.

Lo podemos comprobar en el siguiente ejemplo: A vende la finca a B, que no inscribe su adquisición. Fallecido A, sus herederos la incluyen en su partición, adjudicándosela a C. C constituye una primera hipoteca a favor de D, quien la inscribe. C constituye una segunda hipoteca a favor de F, sabedores uno y otro del título de B.

B, con arreglo a los sistemas civil e hipotecario podrá, pese a no haber inscrito su título: Impugnar la adjudicación de C, por no ser éste adquirente a título oneroso; la hipoteca de F, por no mediar buena fe, logrará su inscripción, respetando la subsistencia de la hipoteca de D (único titular protegido por el sistema registral). Podrá, a más, pedir la nulidad de las ventas (si en vez de hipotecas hubieran sido ventas), que hubiere efectuado B, con su usucapión consumada, si lo estaba al efectuarse aquellas ventas, o defenderse de las mismas cuando la consuma por suma del tiempo de posesión anterior a la ganada después de la transmisión si el comprador inscribiente deja pasar el año, durante el cual puede descontarla. Incluso alegará la falta de tradición en la transmisión, sosteniéndola inexistente, con el criterio Sanz.

Si estos son los derechos de B, según las leyes civil e hipotecaria, correlativos a los derechos de los titulares registrales con arreglo a las mismas, el precepto que pretenda ceñirse al Derecho vigente español ha de respetarlos, sin cerrar las vías judiciales de su efectividad.

La vigencia de un derecho civil y registral, que constituye el cuerpo sólido del sistema inmobiliario, dentro del cual ha de actuar, obliga a esta interpretación que señalamos.

La misma percepción de la realidad de un mundo civil extrarregistral inmobiliario, como parte integrante de este sistema, no obstante permanecer alejado del Registro de la Propiedad, pone de manifiesto: 1) El error de visión jurídica de quienes pretenden (como afirma González Echenique en su conferencia de la Academia Matritense del Notariado, de 1946), que la mera inmatriculación registral (alta en el Registro y baja en la vida extrarregistral civil) destruye y mata toda posible vida extrarregistral posterior no inscrita referente al inmueble que se acogió al Registro; y 2) La evidencia de que bajo la rúbrica «Concordancia del Registro con la realidad jurídica» se regula por la ley «la concordancia de la realidad jurídica con el Registro», que pareciendo lo mismo es, en esencia, exactamente lo contrario.

No es este el panorama jurídico que las leyes españolas ofrecen a una visión serena y objetiva. Por el contrario, se muestra a la misma un a modo de dos grandes vasos recipientes, de los que uno contiene la vida extrarregistral (realidad jurídica) y el otro la vida registral inscrita (con fuerza de realidad para el tercero, cualquiera que sea su irrealdad). Entre los dos integran el sólo cuerpo jurídico inmobiliario español. y se comunican por su parte inferior por el tubo de enlace, artículos 205, 206, informaciones de dominio, etcétera), cordón umbilical por el que se trasvasa al recipiente registral la realidad nacida y tomada del vaso civil. Se nutre aquél del contenido vital que toma de éste, adquiriendo pleno vigor tras un período de previsión y cautela, durante el cual se pone a prueba su certeza sin riesgo alguno, puesto que al ejercicio inmediato de su titularidad por el titular inscrito podrá oponerse el perjudicado, si lo hubiere, y el astuto inejercicio de su titularidad por aquél durante ese período transitorio patentizaría su mala fe, privándole de las defensas del sistema. Trasvase, señalamos netamente voluntario en la intención del legislador que ofrece la vía jurídica para realizarlo.

Todo ello perfecto, pese a los recelos injustificados de los hipotecaristas a ultranza.

Veríamos también, por contra, que falta otro tubo que comunique ambos vasos por su parte superior. Porque con él o sin él, del

registral mana, huye, se escapa y fluye constantemente parte de su contenido, que al rebasarlo se vierte en el vaso civil y extrarregistral. Inexorablemente así ocurre y ocurrirá, admitiéndolo y queriéndolo la vigente legalidad inmobiliaria española. Vida trasvasada que no por ello dejará de ser realidad en los supuestos en que la ley la dé por tal civilmente, y que desde el primer momento de su iniciación *hace irreal el contenido del Registro*.

Será necesario replantear este aspecto del problema, serena y objetivamente, con exacta adecuación a los propósitos del sistema registral y del civil, sin perjuicio de las exactas defensas que al tercero o titular derivado quiere asignar aquél en su pura versión española y sin mengua de la realidad que éste confiere legalmente a la vida extrarregistral. Formando ahora un solo cuerpo jurídico en la combinada armonía de los dos que lo integran en el sistema español.

Se puede adelantar que la perfección que falta se logrará fácilmente, ceñida a su propio cuerpo, si éste impone su presencia en los estudios y trabajos que la persigan. Y que salvada esta imperfección actual, el pase voluntario de los inmuebles al Registro, acogiendo a este sistema, se acrecentará inusitadamente, salvados ya los recelos de quienes, fundadamente, hallan asfixiante la presión a que actualmente se halla sometido el recipiente registral de inscripciones por estar cerrada herméticamente su parte superior. Presión que si no se alivia perjudicará igualmente a uno y otro vaso acentuando cada vez más la sensación de ahogo que notamos en el total sistema inmobiliario español.

Quisiéramos, por último, expresar nuestro fervor por el sistema de Registro de la Propiedad, como expresión última de perfección del sistema inmobiliario. Pero, eso sí, en su versión española, basado en las puras esencias y convicciones patrias, liberada de la sugestión de ordenamientos extraños, que reputamos inferiores al que, con aquellas bases podríamos haber desenvuelto con menor esfuerzo que el consumido esterilmente durante varios decenios en exhibición de deslumbramientos ante aquellos ordenamientos.

Deslumbramientos que, por otra parte, tienen todas las características de constituir meros fenómenos de espejismo.

Porque, en definitiva, seguimos siendo nosotros mismos, pese a los espejismos. Lo que nos permite deducir que el mejor antídoto contra ellos ha sido la presencia del sistema español como una realidad

vital, incoercible, en el ánimo, en la mente y en el corazón de los profesionales, de la doctrina, de la jurisprudencia y de los mismos legisladores.

Presencia del sistema español, sincronizada su finura jurídica y su hondura conceptual con la finura y hondura de nuestro espíritu, en única posible vibración creadora. Más aún: espíritu racial. De la raza latina toda. Sistema español representativo ahora, como tantas otras veces, del espíritu de la raza latina, en sus conquistas y realizaciones jurídicas.

He aquí unos botones de muestra:

Los legisladores, en los momentos culminantes, han seguido fieles sustancialmente al sistema español clásico en las pruebas decisivas: Luzuriaga—Porcioles.

Tomando a Roca Sastre como el más representativo de los hipotecaristas actuales, la pantalla radioscópica, ante la que ponemos su obra monumental recoge tan sólo como esencia medular impresa, las siguientes seis líneas de la página 195 del tomo 1.º: «Se dirá que la inscripción siempre constituye una complicación, como lo sería, aunque en menor escala, la tradición, si su cumplimiento no se hubiera simplificado hasta el punto de hacerla imperceptible. Pero si es así, vuélvase al sistema de la ley Hipotecaria de 1861, y respecto de la tradición prescindase de ella, como, *bajo un criterio empírico*, han hecho el Derecho francés y el inglés.»

O sea: Líneas puras de la ley del 61; inscripción voluntaria; tradición consensual.

Sin otra distancia del sistema español que exponemos en este trabajo que ignorar o rechazar la hondura y plenitud científica de la concepción espiritual en que se basan los sistemas que moteja de *empíricos*, no obstante lo cual acaba por volver a ellos, significativamente, la mirada.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1947, dice: «Conforme a los principios inspiradores de nuestra legislación y salvo las especiales normas establecidas para la hipoteca, la inscripción en el Registro de la Propiedad no es constitutiva de derecho, sino declarativa, o sea que los derechos reales nacen, se transmiten y se extinguen fuera del Registro, aunque mediante la inscripción se fortalezca la posición jurídica de sus titulares, y siendo de recordar, en cuanto al segundo de los aludidos extremos, que a tenor del ar-

título 1.278 del Código civil, los contratos tienen fuerza de obligar, cualquiera que sea su forma, siempre que en ellos concurren los requisitos esenciales para su validez.»

Era segura esta actitud, como siempre sabia y ponderada.

El primer Congreso Internacional del Notariado *Latino*, acuerda :

D) Inscripción y publicidad de derechos :

II. En el Registro de la Propiedad se inscribirán el dominio y todos los derechos reales...

III. El Registro de la Propiedad debe respetar íntegramente el Derecho civil en cuanto a adquisición, transmisión, modificación, gravamen y extinción de los derechos reales.

V. Los títulos sujetos a inscripción y no inscritos no perjudicarán al tercero que inscriba.

Son suficientes.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI  
Notario

## ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, 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

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## C I V I L

SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1950.—*Notificación fehaciente del artículo 45 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

La notificación fehaciente a que se refiere el apartado d) del artículo 45 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para ser fehaciente, como exige dicho artículo, requiere un medio de existencia simultánea con ella y anterior, por ende, al juicio en que se discuta la existencia legal del traspaso, que por sí mismo produzca fe, ninguna de las cuales circunstancias concurre en las declaraciones de testigos practicadas en el mismo juicio.

SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1950.—*Subrogación en los derechos del fallecido.*

La sentencia objeto del recurso establece en sus considerandos que la demandada, viuda del primitivo arrendatario, vivió en los pisos de la casa a que éste se refiere en unión de sus demás familiares, según se hace constar en el hecho primero del escrito de demanda y segundo del de contestación, convivencia que haya que entender se extendía a varios años anteriores a la muerte de aquél y que dichos familiares eran los hijos del matrimonio, según se infiere de la declaración de un testigo que alude a dichos hijos en sus manifestaciones poniéndola en relación con el contenido de la posición séptima formulada para la confesión de la demandada y con determinadas preguntas formuladas por la propia parte.

Que esta apreciación del juzgador aparece combatida en los motivos 1.º, 2.º 3.º y 6.º del recurso bajo distintos aspectos y por cierto con defectuosa formalización al no atenderse al número 4 del artículo 173 de la Ley, fundándose señaladamente en no haber tenido en cuenta el Tribunal la respuesta dada por la demandada a la posición 7.ª contestada afirmativamente por aquella y en la que se decía «cómo es verdad que al fallecimiento del arrendatario la viuda y los hijos no otorgaron ningún contrato o convenio en el sentido de ocupar conjuntamente la vivienda, sino que todos los hijos respetaron a la viuda sin que ninguno lo reclamara en el sentido de reconocerle derecho alguno preferente para continuar en el arriendo.

Que prescindiendo de que dicha respuesta por su redacción oscura so-

bre todo en la última parte de la posición, no podía estimarse como un reconocimiento categórico de los hechos y conceptos que envuelve, es lo cierto que de ella no es posible deducir que los hijos de la demandada renunciaran a su derecho de ocupar conjuntamente con ella la vivienda ni menos cabría estimar que éstos, que no son parte en el litigio, resultarían en modo alguno afectados por la confesión judicial de su madre, no siendo de estimar por estas razones la infracción del artículo 580 de la Ley de Enjuiciamiento civil relativa a la eficacia de la confesión.

Que tampoco es de estimar el motivo 7.º en que se alega la infracción del artículo 359 de dicha Ley en el sentido de que, habiéndose alegado en la contestación a la demanda que se debió demandar a los herederos no era dable al Tribunal estimar la excepción de litis consorcio necesario porque debieron ser demandados los copartícipes todos en el derecho de continuar en el piso a que se refiere el artículo 72 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en primer término porque, sea cual fuere la imprecisión formal de la alegación, al referirse a los herederos del inquilino, es claro el sentido de la misma en orden a los hijos, que es a lo que deben atender los Tribunales, ello aparte de que tal excepción puede ser apreciada de oficio por el Tribunal a quien incumbe cuidar de que el litigio se ventile con todos los que claramente puedan resultar afectados por las declaraciones de la sentencia, ya que el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieran ser demandados.

Que el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos prevee el caso de que durante la vigencia de un contrato de inquilinato falleciere el inquilino, y como consecuencia del principio de la prórroga del contrato motivado por la escasez de las viviendas, confiere al cónyuge que con él conviviera y a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad que habitaran en la vivienda con un año de anterioridad al óbito el derecho de continuar ocupándola sin necesidad de celebrar nuevo contrato, quedando subsistente el otorgado a favor del titular fallecido.

Que el siguiente artículo 72 prevé dos casos: el de que los beneficiarios quisieran ocupar conjuntamente la vivienda en el que todos han de entenderse subrogados en la calidad de inquilinos, y así ha de presumirse cuando de hecho sigan ocupándola, y el de que, por el contrario, no está conforme en la utilización conjunta del inmueble, en cuyo caso se determina el orden de preferencia para su ocupación.

Que en el presente caso y estimándose probado por el Tribunal de Instancia que por lo menos uno de los hijos del primitivo inquilino continúa ocupando la vivienda a la muerte de su padre conjuntamente con el cónyuge de éste, con la antelación marcada por la Ley, es manifiesto su derecho a continuar en el disfrute de la misma, por lo menos en principio, y, por lo tanto, evidente que debieron ser demandados todos los beneficiarios del aludido derecho, y ello aunque el subarriendo que se dice llevado a cabo se atribuye a uno sólo de éstos, la viuda, pues en otro caso, o la sentencia que se dicte afectaría a los beneficiarios que no fueron parte en

el juicio con infracción del elemental principio de justicia, de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en el proceso, en el que se inspiran las sentencias de esta Sala, entre otras, las de 8 de julio de 1902, 20 de noviembre de 1913 y 28 de febrero del mismo año, o de lo contrario se dictaría una sentencia prácticamente ineficaz supuesta la existencia en el piso en cuestión de varios beneficiarios del derecho, cuando la demanda se dirigía sólo contra uno de ellos y en todo caso se podría dar lugar a la existencia de sentencias contradictorias sobre la misma relación de derecho con menoscabo del principio de la autoridad de la cosa juzgada, siendo evidente por todo ello que al exigir la presencia de todos los beneficiarios en el derecho en el presente litigio la Audiencia se atemperó en su fallo a lo preceptuado en el artículo 72 de la citada Ley, y a las prescripciones de la Ley Procesal civil reguladoras de la relación jurídica procesal.

SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1950.—*Causa 9.ª del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

Que la legislación vigente distingue las resoluciones administrativas que «causan estado», que son aquellas no susceptibles de recurso en la «vía gubernativa», de las «firmes», contra las que no se da recurso de ninguna clase.

Que, en consecuencia, no son firmes las resoluciones administrativas pendientes de recurso contencioso-administrativo, en el que se ejercita una acción (como en todos los recursos) ante Tribunales especiales de la jurisdicción administrativa de carácter contencioso.

Que a dicho recurso contencioso-administrativo no se le puede negar su naturaleza de recurso, porque la resolución recurrida pueda ejecutarse, aún estando sometida a la decisión del Tribunal que conozca de aquél, puesto que lo mismo ocurre con otras, objeto de impugnación en recursos cuya naturaleza de tales es indiscutible; como son los de apelación, admitida en un solo efecto y de casación, cuya interposición no impide la ejecución de las resoluciones no firmes, objeto de los mismos, según autorizan, respectivamente, los artículos 391 y 1.786 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Que para estimar la causa de resolución 9.ª del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, exige esta disposición legal que la declaración de ruina de la finca haya sido acordada por resolución de la autoridad municipal que no dé lugar a recurso, sin distinción, y comprendiendo, por lo mismo, y por lo antes dicho, tanto las posibles legalmente en la vía gubernativa, como el llamado por la ley «contencioso-administrativo».

Que tal conclusión se confirma por la propia ley cuando en el artículo citado, para armonizar los derechos particulares con los intereses de la seguridad pública y aún de la privada, permite a la autoridad gubernativa disponer que la finca quede desalojada cuando el peligro de ruina se



declare inminente, «aunque la resolución no fuese firme»; declaración que no se ha hecho en el caso de autos.

Que acreditado hallarse en tramitación recurso contencioso-administrativo contra la resolución que declaró la ruina de los pisos bajos de la casa número 29 de la calle de la M, de Madrid, no puede decirse que sea firme, y así es improcedente la resolución del contrato de arrendamiento de dichos pisos, como estima la sentencia recurrida, aplicando con acierto al caso en cuestión, el art. 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de lo que resulta la improcedencia del recurso.

## M E R C A N T I L

SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1950.—*Aplicación del artículo 4.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942.*

La Ley de 12 de diciembre de 1942, que determinó las obligaciones de los Bancos y establecimientos de crédito, respecto a la reposición de cuentas corrientes, imposiciones o depósitos en efectivo de las cantidades extraídas bajo la dominación marxista, estableció por su artículo 2.º que se reputarían bien hechos los pagos realizados por tales entidades cuando el talón u orden de entrega contuviera la firma del titular de la cuenta corriente, imposición o depósito respectivo o de su apoderado, pero como excepción a este principio general, dispuso en su artículo 4.º que en el supuesto que las sacas o extracciones hubiesen sido realizadas por medio de talones o cualquiera otra clase de órdenes de pago firmados con intimidación o violencia, los establecimientos de crédito quedarían obligados a reponer siempre que conociesen el vicio o defecto del consentimiento prestado por el firmante o hubiesen debido conocerlo por la notoriedad del hecho o por las circunstancias del mismo, reputándose firmado por intimidación o violencia, salvo prueba en contrario, los efectos o documentos suscritos por personas que estuvieran encarceladas o detenidas por sus ideales patrióticos en el momento de extenderlos o negociarlos.

Que la sentencia recurrida declara como hechos probados: que don I. V. Z. estaba encarcelado el 30 de noviembre de 1937 y que hallándose en tal situación fué obligado a firmar un documento de transferencia de la totalidad del saldo de su cuenta corriente en la Sucursal del Banco ... a la cuenta del Comité de Control Electro-Marinero de la fábrica que funcionaba bajo las instrucciones y órdenes directas del Comité rojo, transferencia acreditada por la diligencia de reconocimiento de libros del demandante, por lo cual concurre en el caso discutido, según dicha sentencia reconoce, el primero de los requisitos exigidos por el artículo 4 de la Ley de 12 de diciembre de 1942, o sea la firma del documento llevado a efecto bajo intimidación o violencia, y si bien es cierto, como dicha sentencia declara, que no se ha demostrado que el Banco conociera en aquel entonces la realidad de la detención de don I. V. ni que supiera que se

le hubiese amenazado para la obtención de la firma del documento ordenando la transferencia dicha, ni que tales detención e intimidación tuvieran notoriedad en la población, no es menos cierto que no cabe deducir de ello la no concurrencia de la procedencia de la reposición, ya que según el texto citado no es indispensable que el establecimiento de crédito correspondiente conociera el vicio o defecto del consentimiento prestado por el firmante, sino que basta con que hubiera debido conocerlo por la notoriedad del hecho o por las circunstancias del mismo y en el caso presente la prueba documental constituida por el extracto de cuenta corriente del actor cotejada con los libros del demandado, así como la confesión de éste acreditan que en 30 de noviembre de 1937 fué traspasado en su totalidad el saldo de dicha cuenta a favor del Comité de Control Electro-Marinero, lo que dió lugar a la cancelación de aquélla y tal circunstancia producida dentro de la dominación marxista y sin que existiera en el Banco antecedente alguno de obligaciones contraídas por el titular de la cuenta en favor del expresado Comité, constituía motivo suficiente para inducir al Banco a la sospecha de que se trataba de una operación ilícita realizada en circunstancias anormales, como era la detención del titular de la cuenta, extremo de fácil comprobación en el pueblo de la residencia de los litigantes y para lo cual el Banco debió de haber llevado a cabo las oportunas gestiones y al no estimarlo así la sentencia recurrida aprecia con evidente error las pruebas documental y de confesión antes aludidas, y consiguientemente infringe el artículo 4.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, por lo que procede la estimación del recurso.

## PROCESAL CIVIL

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1950.—*Pruebas en segunda instancia.*

Únicamente procede el recurso de casación con arreglo al número 5 del artículo 1.893 de la Ley de Enjuiciamiento civil cuando la prueba en cuya denegación se funde sea admisible, y esto no es posible en la segunda instancia con arreglo al número 2 del artículo 862 de la misma Ley, que es el que viene invocando la demandada y recurrente, más que cuando la prueba en cuestión no hubiera podido practicarse en la primera instancia por causa no imputable a quien la solicita, circunstancia que no se da en el presente caso, pues fué por la negligencia de esa parte que no activó el cumplimiento del oficio que se le entregó en 10 de marzo de 1948 pidiendo los nombres de los ingenieros que habían de sortearse para ser peritos, por lo que no pudo practicarse esa prueba dentro del término que expiraba el día 2 de abril siguiente y si hubiera obrado con la diligencia debida ese litigante pudo acreditarlo así con el recibo de la presentación del oficio, solicitando del Tribunal que se recordara su cumplimiento u otro medio análogo, faltando, por lo tanto, el requisito indispensable para que esa prueba fuera practicable en segunda instancia y su denegación pueda ser base de este recurso entablado.—*LA REDACCIÓN.*

# Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de octubre de 1949.*

LA EXENCIÓN QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 6.º DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO EN EL NÚMERO 24, SOBRE CONSTITUCIÓN Y DEVOLUCIÓN DE LAS RESERVAS MATEMÁTICAS, NO SE REFIERE MÁS QUE A LAS SOCIEDADES DE SEGUROS SOBRE LA VIDA.

*Antecedentes.*—Una Compañía de Seguros, cumpliendo la Orden del Ministerio de Hacienda, de 11 de junio de 1943, constituyó un depósito de un millón de pesetas a disposición de aquél, y en 1948 el mismo Ministerio acordó devolver dicho depósito en razón de que tal Entidad había constituido otro depósito necesario suficiente a cubrir sus obligaciones legales.

Al serle presentados los documentos correspondientes, la Abogacía del Estado liquidó por el concepto de «fianzas» y la Compañía impugnó la liquidación, diciendo que la cancelación del depósito necesario constituido para garantizar las Obligaciones impuestas a las Compañías de Seguros por la mencionada Orden de 11 de junio de 1943 sobre constitución de reservas matemáticas en seguros marítimos contra riesgos de guerra, está exenta por disposición del apartado 24) del artículo 6.º del Reglamento, al decir que lo están las reservas matemáticas a que se refiere la Ley de 14 de mayo de 1908 sobre las Compañías de Seguros, ya que el depósito en cuestión no tenía otra finalidad que la de constituir la parte de reserva matemá-

tica que a la Compañía correspondía por formar parte del Consorcio Español de Seguros.

La reclamación fué desestimada en primera instancia porque la exención invocada no es aplicable al caso, a juicio del Tribunal provincial, por cuanto el depósito de que se trata a favor del Ministerio de Hacienda no tiene la condición de reserva matemática, ya que ésta, como tal reserva, sólo existe, según los artículos 16 y 17 de la Ley citada de 1908, en los seguros del ramo de vida, no teniendo ese concepto las constituídas para los seguros de daños, como los del caso discutido, que son reservas de riesgos en curso.

Ante el Tribunal Central reforzó su argumentación la Compañía recurrente, diciendo que aunque la exención invocada no alcance al depósito discutido, sí le alcanza la exención del número 48 del mismo artículo 6.º, referente a las demás exenciones reconocidas por leyes especiales, por aplicación del artículo 19 de la Ley de 14 de mayo de 1908, según el cual rigen para las reservas de riesgos en curso las disposiciones previstas para las reservas matemáticas de las Compañías de Seguros de vida; y, por otra parte, siempre sería de aplicación el artículo 58 del Reglamento, desde el momento en que el depósito que se cancela fué anulado por el Ministerio de Hacienda, a cuya disposición se había constituido, sin producir efecto lucrativo alguno, puesto que su constitución obedeció a error de interpretación de la Orden de 11 de junio de 1943, y además la cancelación se efectúa en virtud de resolución administrativa firme.

El Tribunal Central estudia el problema a la luz de los números 24 y 51 del artículo 6.º del Reglamento y dice, en cuanto a la exención que el primero concede, que no es aplicable al caso, porque lo establecido en la Ley de 14 de mayo de 1908 en cuanto a reservas es que las Sociedades que se dediquen a seguros de vida, no siendo toutinas o chautelusianas, establecerán la reserva estatutaria y además la matemática; que las que no se dediquen a seguros de vida tendrán la reserva estatutaria y otra de riesgos en curso, y las que se dediquen a otros seguros y al de vida, constituirán reservas matemáticas y de riesgos en curso; por lo cual deduce el Tribunal que la constitución y devolución de las reservas matemáticas sólo comprende los seguros de vida, y no los que sirven para la cobertura de riesgos especiales de guerra en el Ramo de Transportes, a que se refiere la Orden de 11 de junio de 1943.

En cuanto a la exención genérica del número 51 del artículo 6.º del Reglamento, entiende el Tribunal Central que no alcanza a las Sociedades de seguros de vida porque el número 24 del mismo artículo limita la exención a las reservas matemáticas.

Respecto a la devolución instada por la recurrente en el escrito de apelación ante el Tribunal Central, y no antes, estimando que la anulación del depósito declarada administrativamente producía el derecho a la devolución del impuesto pagado, dice la Resolución de que tratamos, que es cuestión no planteada en primera instancia y ajena, por tanto, a la competencia de segunda instancia.

Por otra parte, sigue diciendo el Tribunal, estando fundada esa petición en haberse dejado sin efecto por resolución administrativa firme la fianza constituida con el consiguiente derecho a la devolución del impuesto pagado, esto es problema de la competencia del Delegado de Hacienda por el procedimiento y plazo a que se refieren los artículos 58 y 208 del Reglamento, por lo cual, si bien desestima el recurso, reserva a la reclamante el derecho que esos dos artículos le conceden.

*Comentarios.*—Del fondo del asunto creemos que basta decir que no parece que sea otra la interpretación razonable de las dos exenciones alegadas y examinadas por el Tribunal Central, supuesto el criterio restrictivo que en la aplicación de las exenciones impera siempre como regla general.

El punto de vista planteado en segunda instancia por la recurrente también lo estimamos correctamente resuelto por el Tribunal. Efectivamente, el problema de una devolución derivada del artículo 58 del Reglamento, o sea cuando se produce la nulidad, la rescisión o la resolución de un acto o contrato declarado o reconocido en acuerdo firme judicial o administrativo, es una cuestión manifiestamente ajena a la competencia del Tribunal Central y también del provincial. El texto del artículo 208 del Reglamento es concluyente a este respecto, cuando dice que el que se considere con derecho a la devolución de las cantidades, como son las que nacen, entre otros casos, «en virtud de sentencias o resoluciones administrativas declaratorias de la rescisión o nulidad de actos o contratos», podrá solicitarlo de la Delegación de Hacienda dentro del plazo de cinco años, contados en la forma que el artículo prevé.

Desde este punto de vista no nos ofrece duda la incompetencia del Tribunal, pero sí nos la ofrece en el aspecto en que también la miró, Resolución que examinamos cuando dice escuetamente que como cuestión nueva no planteada en primera instancia carece el Tribunal de dicha competencia.

Esta doctrina es la corriente en la jurisdicción civil, y según ella, en la segunda instancia y especialmente en casación no se pueden plantear en uno y otro trámite cuestiones que afecten a la esencia del asunto y no hayan sido planteadas en el momento oportuno, pero su aplicación al procedimiento económico-administrativo es difícilmente aplicable, por no decir que es en absoluto inaplicable.

Basamos este asunto en lo que el artículo 20 del Reglamento de procedimiento económico-administrativo de 29 de julio de 1924 previene, diciendo que «la reclamación económico-administrativa somete a la autoridad competente para decidirla en cualquier instancia, todas las cuestiones que ofrezca el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados», y decimos que ante tan terminante precepto difícilmente se comprende cómo puede invocarse el principio o norma procesal de las «cuestiones nuevas» para abstenerse de decidir en segunda instancia el Tribunal Central de todas las cuestiones que el expediente ofrezca, hayan sido o no tratados anteriormente y siempre, claro está, que estén atribuidas a su jurisdicción.

*Resolución del Tribunal Central de 18 de octubre de 1949.*

El valor asignado a las fincas hipotecadas a los efectos de la subasta en el procedimiento sumario del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, sirve de medio probatorio únicamente cuando la transmisión se realice entre los mismos que fijaron dicho valor o sus herederos.

Tal es lo que esta Resolución dice reafirmando el reiterado criterio jurisprudencial sobre la materia, criterio que, por otra parte, está terminantemente consignado en el actual texto reglamentario de 1947, en el párrafo 3) de su artículo 80.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de noviembre de 1949.*

EN EL DOCUMENTO PARTICIONAL SE CONSIGNÓ QUE CIERTO HEREDERO ERA HIJO LEGÍTIMO DEL CAUSANTE, SIENDO, EN REALIDAD, HIJO ADOPTIVO. LA OFICINA LIQUIDADORA GIRÓ LA LIQUIDACIÓN APLICANDO EL TIPO DE LIQUIDACIÓN EN CONSONANCIA CON TAL DECLARACIÓN Y TAMBIÉN LA BONIFICACIÓN POR ANTICIPO DE PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS. POSTERIORMENTE EL CASO FUÉ OBJETO DE DENUNCIA, Y SE RESUELVE QUE LA MULTA QUE PROCEDE IMPONER ES LA DEL 30 POR 100, SIN LA BONIFICACIÓN ALUDIDA.

*Antecedentes.*—Doña Angela Z. falleció en estado de viuda de don Hilario A., bajo testamento, en el que instituyó heredero universal al que dijo ser «hijo» suyo, don Cipriano A. Z., y entre otras liquidaciones giró la correspondiente a éste por el número 29 de la tarifa.

Tiempo después se presentó denuncia haciendo constar que el don Cipriano no era «hijo» de la causante, sino que su verdadera condición era la de adoptado, justificándose después adecuadamente que había sido adoptado por la causante y su marido con los apellidos de ambos.

El liquidador emitió el informe reglamentario en el sentido de que decía estimarse la denuncia, y dada audiencia al denunciado, prestó su conformidad al hecho de ser hijo adoptivo de la causante, añadiendo que no había habido ocultación de bienes, valores, actos o documentos sujetos al pago del impuesto, como exige el artículo 173 del Reglamento, si no que es la Administración la que, volviendo sobre sus propios actos, puede revisar la liquidación, según el artículo 141 del mismo texto y que, conforme al artículo 175, deberá desestimarse toda denuncia que se refiera a actos o contratos conocidos previamente por la Administración, sin perjuicio de que continúe el expediente de investigación.

En escrito posterior añadió el denunciado que como en el testamento de doña A. Z. y en la certificación de la defunción se le nombra como hijo, no tuvo conocimiento hasta fecha posterior de su condición de hijo adoptivo, y el denunciante, a su vez, en nuevo es-

crito, agregó que el don Cipriano A. Z. no podía desconocer el testamento de su padre adoptante y que tuvo que enterarse de aquella condición en diversas ocasiones, tales como al obtener el título de bachiller, el de Licenciado en Derecho, al prestar el servicio militar y al contraer matrimonio, etc.

Fué elevada consulta sobre el problema a la Dirección General de lo Contencioso, la cual contestó que no era de su competencia el resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del Reglamento Orgánico, por no tratarse de normas de aplicación general, sino de un caso concreto.

La Abogacía del Estado resolvió el expediente, rectificando las liquidaciones practicadas, aplicando el interés de demora, imponiendo la multa de 50 por 100, dejando sin efecto las bonificaciones concedidas y declarando que los hechos denunciados constituían una ocultación de acto sujeto al impuesto y que el denunciante tenía derecho a la tercera parte de la multa.

El denunciado al evacuar el trámite de alegaciones ante el Tribunal provincial razonó en contra del acuerdo e insistió en que no era procedente el expediente de denuncia y sí el de revisión de la liquidación, puesto que se trataba de un acto de antemano conocido por la Administración, cual era la sucesión de la causante, alegando además que no debió dejarse sin efecto la bonificación, ya que la escritura de adopción no era un documento indispensable para practicar la liquidación, que la multa era improcedente, puesto que no había existido acto ni documento ocultado, desde el momento en que aquella escritura no contiene ningún acto sujeto al tributo, y, finalmente, que ninguna participación correspondía al denunciante en la multa que pudiera imponerse porque no había aportado todos los documentos necesarios para la práctica de las liquidaciones.

El Tribunal provincial desestimó el recurso y el Central empieza por desechar el argumento referente a que el trámite procedente era el de revisión de la liquidación, acordada por la Dirección de lo Contencioso conforme al artículo 141 del Reglamento, y no el de expediente de denuncia regulado en el 175, porque la tramitación de los expedientes de denuncia es función privativa de las Abogacías del Estado y por la propia virtualidad de ese expediente incumben a la Abogacía del Estado derivar del mismo todas las consecuencias reglamentarias.



Tampoco estima eficaz el argumento de que la denuncia debió desestimarse por referirse a un acto previamente conocido por la Administración, ya que, aunque ello es cierto y efectivamente estaba liquidado y pagado el impuesto a la vista de la escritura particional, en cambio resultaba completamente desconocido el hecho de no ser el heredero hijo consanguíneo de la causante, circunstancia ésta esencial entre las integrantes del acto discutido, y en cuanto a la práctica de las liquidaciones con antelación a la resolución del expediente de renuncia, está expresamente autorizado por el artículo 175 del Reglamento, al disponer que resuelto el expediente de denuncia, o antes si el denunciado presenta los documentos necesarios, se procederá a practicar la correspondiente liquidación de cuota y responsabilidades, aun cuando se promueva reclamación.

Respecto a la bonificación del 3 por 100 de las cuotas a favor del contribuyente, si presenta dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del causante todos los documentos necesarios para liquidar, entiende el Tribunal que no se puede afirmar que el requisito se ha cumplido, en el amplio sentido que le asigna el precepto reglamentario, porque si bien la oficina liquidadora pudo liquidar a la vista de los documentos presentados con la aludida bonificación, es innegable que no pudo girar las verdaderamente precedentes al estar desnaturalizado el requisito esencial del parentesco entre la causante y su heredero, con la agravante de que tal circunstancia no era desconocida para el segundo.

Por lo que a la multa respecta, dice la Resolución que procede imponerla, junto con la demora, puesto que aunque es verdad que dentro del plazo reglamentario la Administración conoció el hecho de la sucesión y los bienes de la misma, no pudo fijarse el verdadero tipo contributivo al desconocer el parentesco que lo determinaba; pero ello, no obstante el tanto por ciento de la sanción, no puede ser el del 50 por 100, sino el del 30, porque el tipo del 50 por 100 exige, a tenor del número 3.º del artículo 221 del Reglamento, que a la presentación del documento haya precedido requerimiento administrativo, y éste no puede estimarse efectuado por virtud del expediente denuncia, el cual nada prejuzga en tanto que en él no recae resolución, y después de dictada el requerimiento es innecesario y hay que atenerse a lo que en el expediente se haya acordado acerca de la obligación de declaración de bienes.

*Comentarios.*—El punto fundamental relativo a que la ocultación o desfiguración del parentesco verdadero vicia toda la liquidación, nos parece cosa inconcusa y baladí, por consiguiente, la argumentación esgrimida en el recurso en cuanto a que no hubo ocultación de bienes ni de valores ni de actos sujetos al impuesto. Bien claro está que al desfigurar cautelosamente la exacta relación del parentesco entre causante y heredero —requisito esencial para la aplicación del tipo—, se burló el impuesto aplicable, de la misma manera que ocultando bienes o actos, o disminuyendo su valor. Otra cosa sería si estuviera acreditada la buena fe del supuesto hijo consanguíneo legítimo, la cual evidentemente no existió, dado el conjunto de detalles que en el expediente aparecen contrarios a ella.

Tampoco tiene consistencia la pretensión de que el procedente no era el trámite de las denuncias y sí el del expediente de revisión, porque instada aquella, claro está que en la Abogacía del Estado tiene plena competencia para deducir las consecuencias todas que reglamentariamente resulten; esto aparte de que el resultado definitivo sería el mismo en cuanto a las derivaciones reglamentarias, salvo el de la posible participación del denunciante en las multas.

En cambio, ya no vemos tan clara la consecuencia a que llega el Tribunal sobre que la multa aplicable sea la del 30 por 100. Es verdad que la imposición de ese segundo tipo exige que la presentación del documento preceda al requerimiento, pero, a esos efectos, ¿qué diferencia hay entre el explícito requerimiento y la notificación y traslado de la denuncia?

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de noviembre de 1949.*

AUNQUE LA RELACIÓN ENTRE UNA ENTIDAD PÚBLICA Y UN PARTICULAR SE CALIFIQUE COMO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN AL EFECTO DE EJECUTAR UNA OBRA, FISCALMENTE HA DE ESTIMARSE COMO CONTRATO MÍNTO SI LA REALIDAD ES QUE EL LLAMADO ADMINISTRADOR ANTICIPA EL COSTO Y SUFRE LOS RIESGOS DE LA CONSTRUCCIÓN.

*Antecedentes.*—La Dirección de Regiones Devastadas autoriza al Ayuntamiento de Oviedo a realizar por cuenta de ella y por el sistema de administración las obras de reconstrucción de la Casa Consistorial bajo la inspección de aquel organismo, y el Ayuntamiento

acordó encomendar la ejecución a un tercero al que llamó administrador de la ejecución de las obras.

El encargo de administración se sometió, entre otras, a las siguientes condiciones: 1.ª El administrador cumplirá su cometido en el término de veinte meses. 2.ª El Ayuntamiento no responde ni ante los obreros ni ante los suministradores de materiales de los pagos correspondientes, y éstos sólo serán exigibles del administrador, que los anticipará de su peculio particular, sin obligación del Ayuntamiento de reembolsarle mayor suma que la presupuestada, aunque la certificación de obra la rebase, y quedando a favor del administrador la diferencia en el caso contrario. 3.ª El administrador constituyó fianza garantizando su gestión. 4.ª El Ayuntamiento no podrá prescindir de los servicios del administrador, so pena de una indemnización igual a la fianza; y 5.ª El administrador tendrá como retribución la diferencia o beneficio entre el coste de las obras y su presupuesto.

En expediente de investigación, la Abogacía del Estado, de Oviedo giró liquidación con multa y demora por el concepto de contrato mixto, la cual fué recurrida diciendo que las obras las realizó y costeó Regiones Devastadas por el sistema de administración directa, sin otra intervención del Ayuntamiento que la de vigilarlas, gestionar la ejecución y anticipar el desembolso de jornales y materiales, reintegrando el importe a aquel organismo, sin que el reclamante tuviera contrato con tales entidades, ya que era un simple administrador designado por el Ayuntamiento, y añadiendo que para ser contratista sería menester que el contrato se hubiese estipulado como se previene para la contratación municipal.

Ante estos hechos, tanto el Tribunal provincial como el Central confirmaron la liquidación con base en que la relación entre el Ayuntamiento y el recurrente no es la de propietario a administrador, sino la que conceptúa el artículo 1.558, en relación con el 1.589 y 1.598, todos del Código civil, ya que el llamado administrador pone materiales y mano de obra por su cuenta, actúa con independencia, anticipa cantidades y es reembolsado una vez aprobadas las obras y sufre los riesgos en la forma dicha. Regiones Devastadas no ejecutó las obras, autorizó al Ayuntamiento la ejecución por administración y éste contrató la ejecución material con un particular que asumió el riesgo, constituyéndose así un contrato de destajo

o de empresa, siquiera fuese con infracción de las normas de la contratación municipal, cuya inobservancia es indiferente a los efectos del impuesto con arreglo al artículo 41 del Reglamento, que manda calificar con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del contrato, prescindiendo de los defectos tanto intrínsecos como de forma de que pueda adolecer.

En realidad —sigue diciendo— hay dos relaciones jurídicas: una entre la Dirección general de Regiones Devastadas y el Ayuntamiento, y otra entre éste y el contratista, indebidamente llamado administrador, de la que claramente aparece el contrato mixto de obras con suministro, definido en el apartado 4.º del artículo 18 del Reglamento.

Esto expuesto, nos parece que la cuestión planteada y su resolución no exigen apostilla de ninguna clase.

JOSÉ M.º RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

## VARIA

*La teoría de la prueba y especialmente la testimonial como básica en el Derecho musulmán.* Conferencia del Ilmo. señor don Juan Francisco Marina Encabo, Registrador de la Propiedad, pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 10 de marzo de 1950.

Vamos a empezar de una manera algo rara. Por el final de la conferencia. Así hablaremos de mujeres y será más amena la exposición para el lector, que se sorprenderá del mecanismo jurídico aplicable a la retractación del testimonio, cuando éste se presta por hombres y mujeres.

Yo me lavo las manos y copio: «Si ha sido prestado (el testimonio) por un hombre y dos mujeres y el hombre se retracta, deberá ser condenado a la mitad de los daños causados; si las dos mujeres se retractan, deberán la otra mitad entre ellas; y si una mujer es la que se retracta, deberá un cuarto de los daños. Si un hombre y ocho mujeres habían depuesto, y seis mujeres se retractan, no pagarán nada, porque la prueba queda establecida por las declaraciones de un hombre y dos mujeres. Si siete mujeres se retractan, son las siete responsables de un cuarto de los daños. Por último, si las ocho mujeres y el hombre se retractan, el jurista musulmán Hanifa de acuerdo con Abu Yusuf, sostiene que el hombre es responsable por un quinto y las mujeres por cuatro quintos.»

Mucho me temo que no estén agotados los supuestos, pues las combinaciones a que puede dar lugar el número ocho, sustituyendo los hombres por mujeres y viceversa, hacen vacilar a la cabeza más firme. La consecuencia, a primera vista, es que un hombre vale por dos mujeres en algún caso; y por una mujer y un sesenta por ciento de otra, en la hipótesis más desfavorable. Como se trata de declaraciones orales, opino que la proporción no es muy exacta, al

menos para nuestros tiempos, pues si a una mujer medianamente charlatana se la da un poco de cuerda, ocho hombres juntos son incapaces de igualarla, y si a ocho se las deja en libertad para retractarse a su gusto, la solución debe encomendarse al cerebro electrónico, único medio capaz de resolver matemáticamente el problema.

La moraleja, sin embargo, no es esta. La veracidad masculina tiene mayor aceptación que la veracidad femenina. Cualquiera se mete en este avispero para obtener deducciones, así que prudentemente retrocederemos para empezar por el principio.

La prueba tiene por fin universal el asegurar el descubrimiento de la verdad, pero los medios empleados por los diversos países no son uniformes. En el Derecho coránico existen como aforismos del Profeta: «Al demandante, la prueba y al demandado, el juramento» y «Al demandante, los testigos y al demandado, el juramento». La prueba escrita no tiene la importancia de la testimonial, porque el Corán parece presentar esta última como la mejor y porque en algunos lugares se falsifican primorosamente las actas y los documentos, incluso con el sello de la antigüedad, lo que desacredita un tanto su autenticidad. Además, la escritura es desconocida por gran número de individuos y difícilmente se podría exigir justificación por escrito.

Tampoco debe omitirse que cuando las creencias religiosas están muy arraigadas y apenas se distinguen la ley civil de la ley religiosa, la prueba del juramento es concluyente, no solamente por las penas temporales con que se castiga el juramento falso, sino por el temor a la venganza divina, más terrible aún.

La prueba en general se denomina «bayyinah», y los medios de prueba se reducen a tres: la confesión (iqrâr), el testimonio (chahada) y el juramento (half o yamin). Modernamente, escritores de la escuela hanefita otorgan fuerza probatoria a los libros de los comerciantes, previamente reconocidos. Averroës, nieto, añadía la negativa a jurar.

La confesión o declaración hecha ante el Cadí de que una persona tiene contra el confesante un derecho (haqq), nacido de simple pretensión de Derecho civil o de una acción u omisión susceptible de sanción penal, para ser válida requiere que el confesante sea mayor de edad, sano de espíritu y que obre libremente. El ilustre arabista don Carlos Quiros dice que la confesión es una capitulación

ante el enemigo, concluyente y definitiva. Fundamentalmente es la renuncia a un derecho propio y por eso es nula la renuncia a un derecho ajeno.

El juramento consiste en afirmar algo invocando el nombre de Allah y no puede utilizarse sino en defecto de otro medio de prueba y para corroborar una presunción que exista en provecho de la parte. Los judíos han de jurar por el Dios que le reveló a Moisés el Taurad (el Pentateuco) y los cristianos por el Dios que ha revelado a Isa, l'Inchil (el Evangelio).

Los más interesantes son el juramento del que niega (yamin almunkir) y el juramento complementario del testigo (yamin ma kaid). Su fuerza probatoria es decisiva.

La prueba testimonial o testifical, la más débil en nuestro derecho y la más fuerte en el xeránico, ha de considerarse en nada menos que once particulares:

I. *El testimonio y sus caracteres*.—Según el jurisconsulto musulmán Sidi Jalil, la declaración oída por el Juez le obliga a juzgar conforme a ella, si la persona que depone es de rectitud y probidad. El testimonio es lo contrario de la confesión, porque ésta es en provecho propio y aquél envuelve utilidad para otra persona. Es un deber social. El indigno en el día de la declaración, debe abstenerse. El enfermo puede ser dispensado. «No hagais violencia al testigo, porque si lo hacéis cometéis un crimen» (Alcoran, sura II, versículo 282).

II. *Honorabilidad del testigo*.—El testigo debe ser honorable, por la confianza que inspira su moralidad, y musulmán. El herético es incapaz de ser testigo. Ha de practicar la religión, ser justo y abstenerse en lo posible de cometer faltas ligeras.

En materia de testamentos, parece se admite el testimonio del no musulmán (versículo V, sura 105). Los Chiitas lo aceptan. En el caso de matrimonio de un musulmán con una judía o una cristiana, los testigos cristianos o judíos no prueban el matrimonio, pues si la mujer lo niega, basta la afirmación del hombre para probarlo (1). Los esclavos no pueden ser testigos.

III. *Recusación por causa de parentesco, alianza, interés o ene-*

(1) No sé por qué, esto me recuerda el fundamento del principio del consentimiento en el Derecho hipotecario. Si el perjudicado consiente, no es de interés examinar más causas, allá él.

*mistad*.—Obedece a que el interés común hace sospechoso el testimonio, como en los casos de ascendientes y descendientes, así como respecto los esposos. Pero el testimonio de los hermanos es válido según los Hanefitas, los Chafeitas y los Hambalitas, aunque los Malekitas lo rechazan. Igual sucede con la amistad.

Sin embargo, la enemistad es causa de nulidad en el testimonio de un enemigo en contra de su enemigo, pero no cuando es en favor. El no musulmán, no puede testimoniar contra un musulmán, así como el beduino contra el árabe sedentario.

IV. *Edad y sexo*.—El sobrecogido de ánimo, el irreflexivo, el distraído, no pueden ser testigos, ya que no se puede dar a sus palabras un valor indiscutible.

El menor de edad, generalmente es incapaz, pero el rito malekita le admite cuando esté en edad de discernir y sea del sexo masculino, haya dos o más con declaraciones acordes y no hayan podido ser influenciados por personas mayores.

El testimonio de la mujer se acepta en casos muy limitados. Es considerada como un testigo de inferior calidad, incapaz de depone en ciertos negocios, y si se admite en otros con un hombre, su testimonio vale la mitad que el del sexo masculino. Antes nos hemos referido a algún supuesto y huelgan comentarios.

V. *Testigo ciego, sordo o mudo*.—Los ciegos sólo pueden depone cuando los hechos ocurrieron antes de su ceguera o cuando pudieron ser percibidos por la audición. Las distintas escuelas se muestran vacilantes, pero siguen en general un criterio restrictivo. Los sordos pueden testimoniar en hechos percibidos por la vista y los mudos cuando los signos por medio de los cuales se exprese no den lugar a dudas respecto de su significación, según los Malekitas y Chafeitas. Los Hanefitas y Hambalitas no admiten el testimonio del mudo.

VI. *Momento en que ha de apreciarse la capacidad del testigo*.—En el momento de prestarse la declaración. Para el infiel recién convertido, Malek rechaza el testimonio de hechos ocurridos anteriormente a su conversión; otros exigen que pase cierto tiempo para asegurarse de la realidad de ella.

VII. *Información sobre la honorabilidad del testigo*.—La probidad se estima como algo indispensable, porque el Corán ha ri-



cho: «Tomad el testimonio de dos hombres justos». Para informarse de la moralidad de los testigos, el Cadí tiene a varias personas, denominadas «mozakkis», inteligentes, quienes informan, unas veces privadamente y otras públicamente. Las mujeres no pueden ser «mozakkis» más que de otra mujer, pues no pueden conocer íntimamente a un hombre si no es su pariente o si sus costumbres no son fáciles.

VIII. *Número de testigos*.—Generalmente son dos hombres o un hombre y dos mujeres. En Fez se utilizan ocho o diez testigos. También se requiere este número si son gentes vulgares que no tienen gran crédito, según recomendó Taude ben Sauda, Caid de Fez.

Cuando las mujeres deponen solas, el rito Malekita exige sean dos; cuatro el Chafeita; dos o una, según los casos, el Hanefita, y ninguna es admisible para los Hambalitas.

IX. *Obligación de conocer a la parte*.—Nadie puede testificar un hecho respecto de persona desconocida, o que no puede designar por su nombre, o señalarla con el dedo. Si se trata de una mujer que lleva el rostro cubierto, deberá descubrirse, salvo cuando los testigos estén convencidos de su identidad.

X. *Formas del testimonio*.—La declaración debe comenzar con la fórmula «Yo atestigo» (chahadat), para que sea válida o al menos debe subsanarse posteriormente esta omisión. Si el Cadí dudara de la sinceridad del testigo, puede exigirle el juramento, según manda el Cheik Omar ben Abdeliziz, el Amani.

El testimonio puede ser directo o indirecto, el que se divide en testimonio de referencia y testimonio por fama o renombre. Es preferible el directo. Por ello, cuando José escondió un objeto en el saco de Benjamín y pidió a sus hermanos que tornaran donde su padre y le dijeran que su hijo había cometido un robo, aquellos se negaron porque no podían testificar lo que no habían visto, no había llegado a su conocimiento y no podían tener en cuenta las cosas que no vieron. Así lo narra el Corán.

XI. *Modificación y retractación del testimonio*.—Por regla general, no es susceptible de ser modificado o retractado. Pero a veces se permite, cuando se trata de persona justa o de una honorabilidad superior a la normal; cuando haya existido error, coacción por

miedo o emoción. En estos casos, la rectificación ha de tener lugar antes de que el testigo salga de la Audiencia.

La retractación debe ser ante el Cadí, si ante éste fué el testimonio, y si se verifica antes del fallo, no ha lugar a sanción pecuniaria, ya que no se ha causado daño. En otro caso, procede una sanción de esta clase, sin perjuicio del castigo del falso testimonio, bien como quieren Malek, Chafei y Ahmed Ind Hambal, con pena afflictiva y denuncia pública en las Mezquitas o en los mercados, o bien, como propuso Hanifa, colocando al perjuero en la picota. Sus discípulos Abu Yusuf y Mohammed ordenan sea apaleado y maltratado, e Ibrahim sugiere se le apliquen ochenta golpes de látigo.

Todos los juristas coinciden en que el falso testimonio es un gran crimen y que cuando no esté fijada una pena determinada, se castigue con una discrecional.

\* \* \*

Si mucho de lo expuesto parece extraño, infantil y candoroso a veces o fuera de oportunidad en estos tiempos, en cuanto se medita un poco aparecen un gran fondo moral digno de atención, una gran confianza en el hombre como persona y una gran preocupación por el esclarecimiento de la verdad a través del testimonio personal. Yo me quedo perplejo y ensimismado. Veo una gran lección de humanidad, lejos de una prueba tasada, mecánica o de una prueba discrecional, y admiro el influjo religioso imperecedero, de valor inapreciable. Es curioso, sí, y al mismo tiempo encierra una joya extraviada en otros climas acaso más civilizados, pero menos veraces.

P. C.

*Teoría General del negocio jurídico*, por Emilio Betti.—Editorial «Revista de Derecho Privado». Un volumen de 465 páginas.

La Editorial «Revista de Derecho Privado» ha prestado excelente servicio a la cultura jurídica española con la traducción y publicación de esta importante obra del Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Roma, EMILIO BETTI, a quien correspondió desarrollar la doctrina general del negocio jurídico en el monumental «Tratado de Derecho civil italiano», dirigido por Felipe Vassalli.

La obra de BETTI se nos ofrece en una excelente traducción, con

cordada con el Derecho español, del doctor Martín Pérez, quien ha escrito también una enjundiosa nota a manera de prólogo, en la que expone con claridad la discusión y crítica sobre la teoría del negocio jurídico y sobre la utilidad de una «Parte general» en los textos civiles positivos.

Las escuelas metodológicas contrarias a la jurisprudencia constructiva o conceptual, singularmente las escuelas sociológicas, han atacado a la «Parte general», considerándola como una creación de abstracciones, elaborada de espaldas a la vida, que opone conceptos frente a realidades, lógica frente a hechos. Mas sin entrar en la controversia, fuerza es reconocer que la Ciencia jurídica no puede renunciar a obtener y conducir sus síntesis mediante la generalización, por abstracción de los rasgos más esenciales del fenómeno singular; y que en la técnica legislativa son convenientes normas generales que faciliten la aplicación e interpretación de otras más concretas. Siempre existirán normas jurídicas coincidentes, referibles a un concepto general.

Para llegar a la noción del negocio jurídico, BETTI arranca de las vicisitudes de las relaciones jurídicas en general, empezando su análisis por el de los hechos jurídicos. Son tales, para el ilustre Profesor, «los hechos a los que el Derecho atribuye trascendencia jurídica para cambiar las situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas, a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas». Como se ve, para BETTI no son situaciones puramente fácticas, que produzcan consecuencias jurídicas, sino hechos a los que el Derecho previamente atribuye trascendencia. El hecho jurídico no se diferencia del acto jurídico, por la intervención en éste de la voluntad, como cree la doctrina corriente. Si al atribuir efectos jurídicos a un hecho del hombre, se valora la conciencia que suele acompañarlo y la voluntad que normalmente lo determina, el hecho se deberá calificar de acto jurídico; y, en cambio, deberá ser calificado de hecho cuando el Derecho tenga en cuenta el hecho natural como tal, prescindiendo de una voluntad eventualmente concurrente, o cuando no valora tanto el acto humano en sí mismo como el resultado de hecho que acarrea.

Al tratar de los diferentes actos jurídicos, en una sugestiva clasificación y aludir a las situaciones jurídicas adquisitivas, originarias o derivativas, alude a los casos en que el principio civil *«nemo*

plus juris, etc.», queda derogado por las adquisiciones «a non domino» sobre la base de la buena fe del adquirente y cita reciente jurisprudencia de casación italiana, según la cual la teoría de la apariencia del Derecho requiere una situación por la cual, quien ha confiado razonablemente en una determinada manifestación jurídica y se ha conducido conforme a ella, tiene derecho a contar con tal manifestación, aunque no corresponda a la realidad.

La concepción de BETTI descansa sobre la autonomía privada y su reconocimiento jurídico. Los negocios suelen brotar en la vida social fuera de toda tutela por parte del Derecho. Nacen de la iniciativa privada y son en su esencia actos con los que los particulares atienden a regular por sí mismos intereses recíprocos. ¿Deben ser regulados «desde arriba» por ministerio de una autoridad superior o debe dejarse su regulación directa a los mismos interesados, según su libre juicio?

En esta interrogante se condensa el dramático tema de la vida jurídica y económica contemporánea, que vacila entre los principios de la libertad y autonomía contractuales y las teorías institucionales e intervencionistas. La práctica, a mi juicio, enseña que, tanto en lo económico como en lo jurídico, cuando hay equilibrio entre las partes interesadas, cuando actúan en un plano de igualdad es conveniente el principio de libertad representado en lo mercantil por la inderogable ley de la «oferta y la demanda»; y en el orden civil por la autonomía contractual, pero que cuando se produce un desequilibrio de intereses o de posiciones, se hace inexcusable por muchos que sean sus males, la intervención estatal que restringe la autonomía de los contratantes.

El Derecho, en la concepción de BETTI, no se limita a cumplir la tarea meramente estática de conservar inmutable la distribución presente —la actual de cada momento— de los valores económicos existentes. Además de tal función, de suyo estática, de proteger la actual distribución mediante la concesión de derechos subjetivos a los presentes poseedores, se le asigna también el cometido esencialmente dinámico de hacer posible la constante renovación, conforme a las necesidades que vayan surgiendo. Tal renovación es obra de la autonomía privada, en todos los ordenamientos jurídicos, cimentados sobre la propiedad individual. Por ello, debe reconocerse esta autonomía, elevando algunas de sus manifestaciones a negocios jurídicos, a ins-

trumentos que den vida y desarrollo eficiente a las relaciones jurídicas entre particulares. Si el derecho subjetivo cumple una función estática, el negocio jurídico realiza una función dinámica.

La autonomía privada puede ser reconocida por el orden jurídico de dos modos diferentes: a), como fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que la reconoce; y b), como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas en abstracto, y, en general, por las normas del orden jurídico. BETTI se inclina hacia esta segunda modalidad, y admite que el ordenamiento legal fije condiciones y límites al reconocimiento de la autonomía.

Define el negocio jurídico como un «acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo». No es, pues, para el civilista italiano, el negocio jurídico una «manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos», según proclaman el dogma y las teorías voluntaristas, porque esta definición no recoge la esencia del negocio: la autorregulación de intereses en las relaciones jurídicas. La voluntad como hecho psíquico interno, se agota con la declaración o con el compartimiento y en ellos queda absorbida. En cambio, el precepto de la autonomía privada surge por vez primera en la declaración o en el comportamiento, y desde entonces alcanza existencia como entidad duradera, exterior y desprendida de la persona del autor.

Mas resultaría imposible seguir paso a paso la ideología del jurista italiano en el delineamiento del negocio jurídico. Baste añadir, para dar a conocer su metodología expositiva, que después del análisis de la autonomía privada, estudia con claridad y precisión la *estructura*, la *función* y los *presupuestos* y *efectos* del negocio jurídico; la *clasificación* de éstos, según los diversos criterios clasificadores: a), la forma; b), el contenido; c), la causa; y su *interpretación*, con las directrices generales interpretativas y los criterios positivos de interpretación de los contratos y de los actos *mortis causa*.

En los últimos capítulos dedica BETTI un análisis sugestivo a las *anormalidades* del negocio jurídico, por defecto de presupuestos de la autonomía privada, por deficiencia del elemento objetivo del negocio (objeto y causa) y por vicios del elemento subjetivo (error, dolo y violencia); y a su *invalidéz e ineficacia* (nulidad, inexistencia, anula-

bilidad, revocación, rescisión, resolución). Y concluye estudiando las *limitaciones al vigor* del negocio jurídico, o sea, el negocio condicional, a término y *sub modo*; y la *representación e interposición* en dicho negocio, es decir, el espinoso problema de la representación o realización del negocio en interés ajeno.

La obra del ilustre jurista italiano nos ofrece lo más nuevo y más científico de cuanto se ha escrito sobre temas tan interesantes y está valorada con profusión de citas de selecta bibliografía y un índice alfabético analítico que facilita la consulta del libro.

En suma: un acierto más de la Editorial «Revista de Derecho Privado», que va poniendo al alcance del público español lo mejor de la producción jurídica extranjera.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL  
Registrador de la Propiedad.

## ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE ALBACETE

### «PREMIO JERONIMO GONZALEZ»

Propósito inspirador de su institución en 1948 —aparte su designio reverencial—, fué: estimular y premiar relevantes estudios jurídicos.

Ser «Premio Jerónimo González», añade a los calificadísimos méritos de la Obra un rango de excepción.

Hasta hoy sólo se ha discernido al propio Maestro, el correspondiente al año 1948.

Se declaró desierto —con tres obras presentadas— el del año 1949.

Durante el próximo enero los investigadores y autores españoles pueden optar a tal galardón para el año 1950.

Para ellos será un honor obtenerlo, y para el Colegio otorgarlo. A ellos va dirigida la publicidad de la siguiente decisión:

Las Bases que lo norman han sido interpretadas —Base 9.ª— en el siguiente sentido: Que no puede concederse el Premio a una obra en curso de publicación. Y que será el momento de optar cuando la publicación de su *último* tomo coincida con el año anterior a su presentación al Premio.—LA REDACCIÓN

## Revista de revistas americanas o extranjerias

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.*—Montevideo. Año I, número 2:

- «La teoría de las crisis económicas», de H. Ardant
- «El delito de espionaje», J. B. Carballa.
- «El concepto de sanción de la Ley», de A. R. Real.
- «La indignidad para suceder por causa de muerte», H. E. Gatti.
- «Interés procesal y causa del acto procesal de parte», Adolfo Gelsi Vidart.

*Revista de direito imobiliario.* — Maio-junho. — Año III-1950. — Rio de Janeiro:

- «Desenvolvimento histórico da responsabilidade do proprietário. Normas edilicias e possibilidade de sua incorporação à norma civil. Direito subjetivo ao cumprimento de normas regulamentares. Responsabilidade do poder público por omissão no exercício dos poderes de polícia», Alcino Pinto Falcao.
- «A prorrogação da hipoteca convencional, face ao que dispõe o art. 817, do Código civil», Oswaldo Santos.
- «Publicidade - Impossibilidade de se cumprir a lei no caso de dívida-Sugestão-O Bem de Família-Reforma da lei», Murilo Renault Leite. Idem, marco-abril.
- «O Direito de arrependimento nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis», Miguel Maria de Serpa Lopes.
- «Pontos de menor importância da acção Pauliana», Alcino Pinto Falcao

*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*—Fasc. II. Vol. XXV. 1949.

- «O problema do Direito natural no Pensamento contemporaneo», L. Cabral de Moncada.
- «O principio da legalidade na administração», J. Carlos Moreira.
- «Doutoramento «honoris causa» de Sua Excelência o Chefe do Estado Espanhol, Generalissimo Francisco Franco Bahamonde».

*Universidad de San Carlos. XV.*—Guatemala. Abril-may-junio, 1949.

«Paternidad de Francisco de Vitoria en el Derecho Internacional», Humberto López Villamil.

*Idem. XVI.*—Julio-agosto-septiembre 1949.

«De los Sustitutos Penales», lección inaugural del curso libre de Derecho Penal en la Universidad de Turín. Enero de 1880. Enrico de Ferri.

*Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala.*—

Epoca IV.—Enero a junio de 1950. Números 6 y 7.

«El delito de genocidio en la legislación guatemalteca», Adolfo Molina.

«Extraños conceptos en el Derecho bélico», Flavio Guillén Castañón.

«El juicio lógico», Arturo Pérez Galliano.

*Revista de Derecho.*—Año XVIII. Abril-junio de 1950. Número 72.

«Nociones sobre la teoría de la prueba», Emilio Ríoseco Enríquez.

«Observaciones al proyecto de reforma del Código Penal chileno», Héctor Brain Rioja.

*Rapport sur l'activité de l'institut.*—Institut International pour l'unification du droit privé. 1949.

*Bulletin Bibliographique.*—Liste des nouvelles acquisitions. Bibliothèque de l'institut International pour l'unification du droit privé.

LA REDACCIÓN.