

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIV

Marzo 1948

Núm. 238

El abandono en la hipoteca

Conferencia pronunciada el 10 de febrero de 1948 en la Academia Matritense del Notariado por D. Ginés Cánovas Coutiño.

No es necesario presentar al conferenciante, por conocido de nuestros lectores. Tiene a su cargo una de las secciones de esta Revista, la Jurisprudencia hipotecaria, donde se saborean sus sobrios y acertados comentarios. Pero sí creo conveniente una pequeña semblanza, porque no todos conocen datos de interés y porque personalmente no puedo evitar el lejano recuerdo de unos días vividos intensamente, entre sustos y congojas, noches en claro y días en turbio, con acres comentarios a las *injusticias* de un Tribunal de oposiciones, injusticias *evidentes* en casi todos los casos, y *defectos e incomprensiones* de los Jueces, que bondadosamente se suavizaban cuando uno obtenía calificación suficiente para aprobar y entraba en el limbo de los justos, donde todo era paz y tranquilidad y no pensar en nada. En una palabra, Cánovas no es solamente compañero de profesión. Es aún más: es compañero de promoción y uno de los primeros números de esa promoción de los veintiocho aprobados de 1923-24. Indudablemente fué ayer, pero más indudable aún es que el próximo año de 1949 se cumple el cuarto de siglo.

Por eso, cuando la sagaz mirada del *alma mater* de los Cursos de la Academia Matritense del Notariado se fijó en Cánovas, tuve una satisfacción inmensa. González Palomino, aun cuando alguna y rara vez se equivoca, generalmente acierta en sus designaciones. En esta

ocasión acertó, porque Cánovas es hombre a quien hay que empujar. Su modestia estorba a su cultura. Poseedor de una de las más brillantes hojas de estudios de la Universidad de Murcia, con matrículas de honor en todas las asignaturas de Derecho, y tras un breve espacio de tiempo como pasante del malogrado político y abogado D. José Alvarez Arranz, muy joven aún, con el *mínimum* de edad, ingresa en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad. Durante su preparación, mientras nuestras visiones del porvenir se reducían a un hermoso vergel, con verdes plantas exclusivamente destinadas a producir calabazas, Cánovas se distraía... escribiendo novelas. Pueyo publicó una, denominada "La Artimaña", con tanto éxito, que la edición se agotó rápidamente. Tres mil pesetas de entonces debieron endulzar mucho los sobresaltos del afortunado escritor. Otras novelas fueron planeadas y terminadas, y, si no han visto la luz aún, celosamente guardadas por el autor en la mesa del despacho, se debe a posteriores circunstancias familiares. El parentesco, trato y relaciones literarias de uno de los príncipes de la literatura novelesca española (1), cohibió y abrumó tanto al novel escritor, que aun no se ha repuesto de la impresión. He aquí nuevo campo de acción que te muestro y brindo, José González Palomino, para lanzar otro de tus *ukases*, que fielmente obedecemos, sumisos y resignados. Cánovas tampoco podrá rebelarse.

Si alguno lee los "Resúmenes de las Memorias de los Registradores de la Propiedad", insertos en los Anuarios del Centro Directivo de los años 1934 a 1936, tendrá motivos para sospechar que la misma pluma que redacta nuestros comentarios a la Jurisprudencia hipotecaria ha tomado parte en la confección de esos "Resúmenes". En esos años, Cánovas desempeñó una comisión de servicio en el expresado Centro. Posteriormente, nuestro llorado maestro D. Jerónimo González requirió su colaboración en 1939 para las páginas de esta Revista.

Lector incansable, posee una extensa cultura literaria y una pluma ágil, tan dispuesta a una trama novelesca como a un profundo estudio sobre cualquier tema de Derecho. Es un ejemplo la conferencia que voy a extractar, rica en sugerencias y en el esbozo de cuestiones dignas de muy meditados trabajos. Cuestiones que no han sido tratadas por Cánovas por no ajustarse a los límites que previamente se pro-

(1) Don Armando Palacio Valdés.

puso no invadir y que en su trabajo quedan ofrecidas a los Registradores jóvenes, a quienes nuevamente invitamos a participar en las labores propias del campo de actuación de esta Revista, confiando no han de ser desoídos nuestros llamamientos a la juventud estudiosa.

El abandono en la hipoteca es tema un tanto *abandonado* en nuestra literatura jurídica u objeto tan sólo de breves referencias, que no se ajustan bien a la extensión y densidad de su contenido. Que yo sepa, hasta las recientes Instituciones de Derecho Hipotecario de Roca Sastre, una conferencia de Angel Sanz en Barcelona (1) y el interesante boceto trazado por el malogrado Notario de Madrid D. Manuel González Rodríguez (2), no ha sido objeto de estudio sistemático. Cánovas intenta fijar la naturaleza del desamparo de los bienes en la ejecución de la hipoteca. Antes de exponer sus teorías, comenzaré por *situar* el tema.

I.—ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGALES.

El abandono de la posesión material del inmueble hipotecado en caso de ejecución, era en Derecho romano el objetivo principal y directo de la acción hipotecaria. El acreedor pedía al tenedor, por una especie de *vindicatio pignoris*, que se le abandonara la posesión de la cosa gravada, a fin de proceder en seguida a su venta. Este abandono no era en ningún caso la *derelictio* que convertía la cosa en *nullius*, pues el acreedor sólo está facultado para transmitir al comprador la propiedad del pignorante mediante la tradición. Era natural que así fuera en el Derecho romano por la confusión existente entre el *pignus* y la hipoteca propiamente dicha. En el Derecho antiguo, la posesión de la cosa prendada pasaba al acreedor (3) hasta que el Derecho pretorio concibió la *pignori obligare*, o sea la prenda simplemente convencional, sin traspaso de posesión, garantizándose el derecho del acreedor mediante una *actio in rem* inserta por el jurista clásico Salvio Juliano al final del edicto redactado por orden del Emperador Adriano. Esta *actio* fué conocida más tarde con el nombre de *quasi Serviana*,

(1) «Compraventa de finca hipotecada». Curso de 1944.

(2) «Bocetos jurídicos». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo III, 1946, pág. 371.

(3) Sohm: *Instituciones de Derecho privado romano*, 1936, págs. 311 y siguientes.

y se la denomina en el *Corpus Juris* "*actio in rem hypotecario*", palabra ésta última que se estima interpolada en los textos clásicos por los mismos compiladores. Una vez en posesión el acreedor, éste adquiere el derecho de venta de la cosa, para cobro de su crédito, pero el tercer poseedor tiene el derecho de rescate, *jus offerendi*, pagando la suma adeudada y además el beneficio de orden o excusión respecto al deudor personal y del fiador (1). Este beneficio pasó a nuestro derecho histórico (2) al exigir al acreedor que tenía que dirigir su acción contra el deudor y el fiador antes que contra "*aquel que fallare que es tenedor della* (la cosa) *e non antes*".

Los redactores del Proyecto de Código civil de 1851, en su artículo 1.810, especialmente, impusieron al tercer poseedor, no obligado personalmente, la obligación alternativa de pagar la deuda o desamparar los bienes hipotecados. Luzuriaga justifica (3) esta alternativa por las siguientes razones:

"El carácter propio de la acción real es seguir la cosa que le está afecta adonde quiera que se encuentre; la eficacia de la acción hipotecaria contra tercero poseedor es un dogma admitido sin excepción y conforme al sistema alemán, como se ve en el artículo 56 bávaro, y al sistema francés, según el artículo 2.168 del Código de Napoleón. Por la necesidad de afianzar el crédito territorial, ya no tendrá el tercer poseedor el beneficio de excusión concedido por el Derecho romano, porque no se debe implicar al acreedor en pleitos, sino concederle una acción expeditiva y directa contra los bienes obligados, de acuerdo con el artículo 90 de Wurtemberg, 57 bávaro y 2.171 del Código civil francés".

La doctrina francesa (4) no considera que el tercer poseedor abandona con el inmueble hipotecado su derecho de propiedad, aun cuando el artículo 2.168 dice que estará "obligado a pagar todos los intereses y capitales exigibles o a abandonar el inmueble hipotecado sin reserva alguna". Loyseau opinaba que el abandono es sólo de la detención material, pero no de la posesión jurídica, y Pothier, que el po-

(1) Código, VIII, XIV, 24 (Auténtica): «poseyéndola otro (la cosa), se impide la acción hipotecaria hasta que se haya ejercitado contra el deudor y el fiador la personal». Recogida por Justiniano en la novela 4.^a, capítulo II.

(2) Partida 5.^a, título XIII, ley 14. Ver también la ley 9.^a del título XII.

(3) García Goyena: *Concordancias*, etc., tomo IV, págs. 206 y sigs., 1852.

(4) Planiol-Ripert: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo XIII, página 479. La Habana, 1946.

seedor que abandonó sigue siendo propietario hasta la adjudicación (1).

La doctrina alemana, por su riguroso tecnicismo, solamente se preocupa de autorizar al propietario, sea o no deudor personal, para pagar al acreedor (parágrafos 1.142 y 1.143 y 268 del B. G. B.). Ello es consecuencia de considerar que el acreedor hipotecario puede cobrarse *sobre el predio* (parágrafos 1.147 y 1.150), mediante ejecución forzosa. Las situaciones serán distintas si el propietario es o no deudor, pero al acreedor no le interesa la persona del propietario y se considera como tal al que aparezca con ese carácter en el Registro, quien debe soportar la ejecución en todo caso sin variar de postura, salvo el derecho de renunciar la *propiedad*, verdadero abandono por renuncia, conforme el artículo 928 del B. G. B., según el cual el predio abandonado deviene *nullius*, y el Estado tiene el derecho de apropiarse (2). Pero esta renuncia de la propiedad nada tiene que ver con el desamparo de los bienes a efectos de la ejecución, aun cuando el Juez puede nombrar un representante a la finca abandonada que representa a la *propiedad*, pero no al propietario renunciante.

Parece extraño que Luzuriaga, al comentar los artículos 1.808 a 1.816 del Proyecto de 1851, se remitiese expresamente a la legislación bávara y al *Code* francés, con olvido de nuestra ley de Partidas, donde tenía elementos más que suficientes para justificar aquellos preceptos. En la Partida 5.^a, título XV, se trata de "*Cómo han los deudores a desamparar sus bienes, quando no se atreuen a pagar lo que deuen...*", y la palabra que se reitera es la de *desamparar* los bienes. No emplea la de *abandonarlos sin reserva alguna*, como expresa el artículo 2.168 del Código francés. Desamparo y abandono son dos conceptos totalmente distintos. El primero significa en el Código alfonso la entrega de los bienes al Juez para que los venda y con su venta pague a los acreedores, sin la privación necesaria del poder de disposición sobre dichos bienes, que arrastra la revocación de las enajenaciones fraudulentas (3); y la renuncia al derecho de defenderse

(1) La doctrina italiana, análoga a la francesa, está recogida en el trabajo citado de D. Manuel González Rodríguez, en los *Anales* referidos.

(2) Véase Nussbaum: *Tratado de Derecho hipotecario alemán*, 1929, página 186. Por cierto que hay una errata, pues el libro se refiere al párrafo o artículo 926, y debe señalarse el 928.

(3) No son muy explícitas las Partidas en este punto concreto.

en el juicio contra la acción de los acreedores (1). El segundo puede significar que los bienes se conviertan en *nullius*, y por eso los autores franceses se apresuran a aclarar que ese abandono no supone la pérdida de la propiedad. “*Desamparar puede sus bienes todo omne, que es libre, e estuviere en poder de sí mismo, o de otri, non auiendo de que pagar lo que deue. E deuelos desamparar ante el Judgador... E si de otra guisa los desamparare, non valdría el desamparamiento*”, dice la Ley I, añadiendo la II: “*Pero si el debdor, que ouiesse assi desamparado lo suyo, dixesse, ante que fuesen vendidos todos sus bienes, que los quería cobrar, para fazer paga a sus debdores, o para defenderse luego con derecho contra ellos, estonce non deuen vender ninguna cosa de los suyo; ante dezimos, que deue ser oydo*”. Es decir, que el desamparo no es una *datio in solutum*, sino una entrega al Juez para pago de deudas con el producto de venta de los bienes “*en almoneda*”, como ordena dicha Ley I del referido título XV.

Cierto que estos preceptos alfonsinos se refieren al propietario deudor personal, mientras que los insertos en el Proyecto de 1851 tienen relación con el tercer poseedor, pero la teoría del desamparo de los bienes es la misma. “Pasados diez días sin que el deudor haya pagado, puede hacerse la repetición contra el tercer poseedor, el cual tendrá el término de otros diez días para desamparar los bienes hipotecados, si no prefiere pagar la deuda con sus intereses... y los gastos. Aunque el tercer poseedor haya preferido desamparar los bienes, *conserva la facultad de hacer el pago* hasta que se haya consumado la adjudicación de aquéllos”, decía el artículo 1.810 del Proyecto. Esta doctrina respecto a la *facultad* de pago, *sin obligación de pago*, es más exacta que la admitida posteriormente en las leyes hipotecarias, donde aparece como *obligación* inesperadamente y por probable influjo del artículo 2.168 del Código francés.

Aun cuando la ley de Partidas, al obligar al acreedor a dirigirse primero contra el deudor y el fiador, emplea la palabra “*tenedor della*”, y el artículo 1.810 de 1851 se refiere al *tercer poseedor* explí-

(1) Según la ley 3.^a del mismo título, el desamparamiento «*ha tal fuerça que después non puede ser el debdor emplazado, nin es tenido de responder en juyzio*». Queda al margen de todo el deudor; cumple con dejar sus bienes para que los venda el Juzgado, y no debe ser molestado; *el que da lo que tiene, no está obligado a más*. No hay disposición que regule cómo ha de ser la custodia y la administración, pero el deudor hace, al parecer, entrega de los bienes, y los puede recobrar antes de la venta, con ciertas condiciones.

citamente, no deja de sorprender que en el artículo 1.782 del referido Proyecto no se emplee la frase *tercer poseedor* al definir la hipoteca como "derecho real sobre bienes inmuebles, que se sujetan al cumplimiento de una obligación", así como tampoco se determina quiénes son terceros poseedores.

Esta omisión fué subsanada por las posteriores leyes hipotecarias españolas. Los artículos 105 de las leyes de 1861, 1869 y 1909, y el 104 del texto refundido de 1946 (este último con variación gramatical, conforme el artículo 1.876 del Código civil) declaran que las hipotecas sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen. *cualquiera que sea su poseedor*. Igualmente, el artículo 132 de las leyes de 1861 y 1869 y el artículo 134 de las de 1909 y 1946, determinan quiénes se consideran terceros poseedores (usufructuario, dueño útil o dueño directo, además del tercer adquirente). Por cierto que en dicho artículo 132 la exigencia de quedar en el deudor el derecho correlativo, estaba suavizada por un segundo párrafo donde implícitamente se reconocía que podía no quedar en poder del deudor ese derecho correlativo; párrafo suprimido en el artículo 134 de 1909 y 1946, acaso porque si la nuda propiedad, el dominio directo o el útil pertenecen a persona distinta del deudor, no existe un tercer poseedor, sino un titular de derecho anterior o preferente que no debe cancelarse por la doctrina de la subsistencia de cargas (1). La cuestión no está muy clara, pero no es momento ahora de detenerse en ella.

La insistencia en denominar *tercer poseedor* a esa determinada persona indica un concepto más amplio que el de *tercer adquirente* *dueño* e indica también que el desamparo de los bienes en caso de ejecución hipotecaria es problema distinto para la doctrina hipotecaria española del que puede ocasionar la pérdida o abandono de la propiedad de la cosa.

Del examen de los artículos 127 a 133 de la ley de 1861 y 1869 (el artículo 129 de 1869 es distinto del de 1861) y de los artículos 126, 127 y 134 de las leyes de 1900 y 1946, se deduce: 1.º Que en primer lugar debe ser requerido el deudor, y si éste no paga, puede requerirse al tercer poseedor. 2.º Que el tercer poseedor deberá verificar el pago del crédito con los intereses (*obligación de pagar*) o desampa-

(1) Es incomprensible la referencia a la nuda propiedad.

rar los bienes para que éstos se consideren en poder del deudor, a fin de dirigir contra ellos el procedimiento ejecutivo ordinario. 3.º Que si el tercer poseedor no paga ni desampara los bienes será responsable con los suyos propios, además de los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas judiciales a que su morosidad diere lugar. Entiéndase bien que los bienes no hipotecados del tercer poseedor no responden del crédito e intereses asegurados. De éstos sólo responden los hipotecados especialmente. 4.º Que el tercer poseedor puede oponerse al procedimiento ejecutivo y entonces es considerado como parte en el mismo (1).

La posición del tercer poseedor, por tanto, es la siguiente: "Tiene *obligación* de pagar o de desamparar los bienes, pero también está *facultado* para no pagar ni desamparar los bienes, en cuyo caso tiene mayor responsabilidad y, además, está *autorizado* para oponerse al procedimiento ejecutivo. Las posturas son cuatro: Primera, pagar; segunda, desamparar; tercera, no pagar ni desamparar; cuarta, oponerse al procedimiento.

Todo ello, con referencia al juicio ejecutivo ordinario, pues en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, creado en 1909, como consecuencia de que la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, el tercer poseedor simplemente, está *facultado* para intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el crédito y los intereses (regla 5.ª del artículo 131). Aquí no aparece *obligación* de pago, sino *facultad*, conforme la doctrina alemana, más perfecta que la francesa. Pero no hay referencia alguna al desamparo de los bienes, lo que es lógico desde el momento en que la acción se dirige directamente contra los bienes, sin consideración a la persona de su poseedor, como consecuencia natural del concepto de hipoteca del artículo 105 de la Ley (doctrina alemana también).

II.—ANTECEDENTES DOCTRINALES.

Es inútil buscar en los comentaristas españoles, hasta tiempos recientes, y por influjo de la jurisprudencia del Centro Directivo, un concepto del desamparo de los bienes en la ejecución de la hipoteca.

(1) La regla 5.ª del artículo 131 de la Ley faculta al tercer poseedor para pagar en cualquier momento antes del remate de la finca. No veo inconveniente en aceptar la misma solución en el juicio ejecutivo ordinario.

Pantoja Lloret, Martínez Moreda, Díaz Moreno, Aragonés, Gayoso, Campuzano, etc., se limitan a glosar la Ley escuetamente.

Galindo y Escosura (1) creen que el poseedor de la finca "si bien la desampara, no renuncia al mayor valor que pueda tener después de pagados los créditos, y que de juro les pertenece".

Morell (2), después de reiterar la doctrina de Galindo y Escosura, que se acaba de señalar, añade: "Debe considerarse en justicia a ese tercer poseedor, a pesar del abandono del inmueble, como un interesado, como un partícipe eventual en el valor de la finca, como una especie de acreedor hipotecario en el exceso de ese valor, o como un tercero con derecho real, y dársele representación en el justiprecio y en la subasta. A pesar del abandono, los bienes deben ser considerados en lo que excedan del importe del crédito, como propios de su dueño o tercer poseedor, que al desamparar la finca sólo viene a decir: me conformo con pagar, pero sólo tengo la finca, ahí la tenéis, cobráos con ella o con su valor." Fácil es observar que Morell baraja ideas distintas; abandono, desamparo, adjudicación en pago, adjudicación para pago y, lo que es peor, partícipe eventual, acreedor hipotecario o tercero con derecho real. Más que concretar, confunde las ideas.

Beraud y Lezón (3), dicen que "es violento y hasta absurdo, presuponer que el silencio, la pasividad, la ausencia de toda manifestación en uno u otro sentido, pueda considerarse como hecho legal del abandono, ya que la renuncia de los derechos que viene a representar el desamparo de los bienes es de tan cualificada significación, que sólo debe tener eficacia jurídica por declaración solemne". Tampoco nos dicen qué cualificada significación tiene el abandono o qué derechos son los que se renuncian y cuáles no, nudo del problema.

López de Haro (4) se refiere al procedimiento judicial sumario, y cree que el tercer poseedor es un acreedor, de crédito incierto e indeterminado, porque su derecho depende del valor de la finca y del sobrante una vez satisfechas las cargas preferentes.

Roca Sastre (5), distingue entre tercer poseedor y fiador real o

(1) *Comentarios*, tomo IV, pág. 219, 1884.

(2) *Comentarios*, tomo IV, 1918.

(3) *Tratado de Derecho inmobiliario*, Reus, 1927, tomo II, pág. 268.

(4) «El tercer poseedor de finca hipotecada». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1931, pág. 259.

(5) *Instituciones*, «Registros», tomo I, pág. 309, y tomo II, págs. 712 y siguientes.

hipotecante por deuda ajena. Este último no puede "dimitir, abandonar o desamparar" la cosa objeto de la ejecución, porque no es extraño a la constitución de la hipoteca y porque como al desamparar los bienes, éstos se consideran en poder del deudor, esta solución no se armoniza con el hecho de que el deudor nunca fué dueño de esos bienes. Esta solución es la aceptada en el Derecho italiano (artículo 2.871 del nuevo Código civil de 1942), pero en el francés la facultad de abandono es inherente a todo tipo de responsabilidad *propter rem*, si bien este abandono, generalmente, es considerado como pérdida de propiedad, en tanto que en la ejecución hipotecaria el abandono en Francia no supone esta pérdida de propiedad. Fija Roca la naturaleza de ese desamparo o dimisión de la finca conforme la doctrina del Centro Directivo en Resoluciones de 27 de abril de 1921 y 29 de septiembre de 1924, en un "verdadero abandono de la situación jurídica que al dueño corresponde para defender su propiedad en el juicio ejecutivo", o sea "que responde al deber en que se halla el tercero de soportar los actos ejecutivos y le libera del mismo, por ser un medio legal de cumplirlo; pero no implica la pérdida del derecho de propiedad, ni la transfiere a los acreedores ni mucho menos al deudor, así como tampoco lleva consigo la renuncia a las cantidades sobrantes, caso de venta, ni a las acciones o derechos que al que desampara pudieran corresponder por evicción u otro concepto". Por último estudia y señala otras cuestiones de interés, como si el tercer poseedor tiene que ser o es propietario; si cabe ser tercer poseedor cuando el título es hereditario, a título singular o universal; si el tercer poseedor debe tener inscrito su título en el Registro; garantías que la Ley Hipotecaria le otorga; si es o no parte en los procedimientos ejecutivos, etc. Los problemas se multiplican.

Sanz Fernández (1), al referirse al concepto de tercer poseedor de finca hipotecada, puesto que su obra, pendiente de publicación, aún no ha llegado a la ejecución hipotecaria, trata de problemas muy diversos y se inclina a creer que el hipotecante no deudor debe tener la misma consideración que el tercer poseedor y reconocérsele el derecho a desamparar los bienes, en contradicción con la opinión de Roca. Del desamparo de bienes sólo trata en la conferencia de Barcelona, ya citada, incidentalmente considerándole con un carácter procesal que no afecta a los derechos de las partes sobre la cosa. Recoge también la doctrina expresada del Centro Directivo.

(1) *Instituciones*, «Notarías», tomo I, págs. 435 y sigs.

Los procesalistas tampoco han formulado un concepto claro y preciso de la naturaleza del desamparo de los bienes en la ejecución hipotecaria.

Prieto Castro (1) dice que significa desentenderse de ellos en lo que se refiere a la defensa en el juicio ejecutivo. Por lo demás, el tercer poseedor conserva su postura material y su derecho al excedente del precio del remate. Plaza (2) identifica el desamparo con el abandono. Guasp no se refiere al problema planteado (3). Esta omisión es un tanto inexplicable, cuanto que el abandono es típicamente una situación procesal.

Cassó (4) también emplea como sinónimas las palabras desamparo y abandono, afirmando que la *Ley Hipotecaria* presume que los bienes abandonados se hallan en poder del deudor. Pero tal supuesto pugna con la transferencia que el deudor hizo al tercer poseedor de la finca con la hipoteca.

Tampoco resuelve la Ley a quien corresponderá el sobrante del precio de venta de la finca abandonada, una vez cubierto el acuerdo hipotecario.

González Rodríguez (5) se pregunta: ¿Qué naturaleza tiene el desamparo? Conforme la doctrina francesa e italiana, como el tercer poseedor no está obligado más que por la tenencia de la cosa, su obligación es *propter rem* y puede eximirse de ella abandonando la cosa. Pero este desamparo sólo implica una desposesión (Pothier); la pérdida de la detentación material y no de la posesión jurídica (Planiol); es una abdicación de la posesión (Pacifini-Mazoni); el tercer poseedor, como obligado *ob rem*, tiene que soportar la ejecución, y al abandonarla, se libera de este deber jurídico y pone la cosa con tal acto en estado de liquidación (Chironi). En la doctrina española reitera la tesis del Centro Directivo en las Resoluciones de 1921 y 1924 antes citadas. Concluye señalando que la situación de desamparo no es análoga a la de rebeldía; que es una declaración de voluntad unilateral y abstracta, formalmente hecha ante el Juez o bien en la contestación al requeri-

(1) *Exposición del Derecho procesal civil de España*, 1941, tomo II, página 508.

(2) *Derecho procesal civil español*, tomo II, págs. 559 y 579.

(3) Al menos, en «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», en esta REVISTA, años 1941 y 1942. Sólo dice que el desamparo es «de discutida y oscura naturaleza jurídica» (pág. 186 de 1942).

(4) *Derecho hipotecario*, 1946, pág. 606.

(5) *Anales referidos*, pág. 389.

miento de pago; que requiere capacidad para enajenar, y que no puede ser utilizada cuando el tercer poseedor esté obligado solidaria o subsidiariamente, cuando el adquirente se obligó con el acreedor a satisfacerle o cuando hubo delegación aceptada por el acreedor.

Por último, en el Reglamento hipotecario vigente, el artículo 223 decide que el sobrante del precio de venta de la finca en el procedimiento ejecutivo ordinario, una vez cubiertos el crédito, intereses y gastos asegurados, pertenecerá al tercer poseedor, salvo derecho preferente de otra persona (1). Se ha elevado a precepto legal el criterio unánime de la doctrina y de la jurisprudencia e indirectamente se ha reconocido que el desamparo no supone la pérdida de la propiedad, en tanto no se haya adjudicado la finca.

De todo lo expuesto se deduce la complejidad del tema y la necesidad de concretar el concepto del desamparo. Estudiado éste al mismo tiempo que el concepto de tercer poseedor y como de pasada, aparece desdibujado y de contornos borrosos. Por influjo del Código francés se asimilan las palabras desamparo y abandono, que tienen, a mi juicio, sentido muy diferente. Desamparo es la palabra legal, desde la Ley de Partidas, en nuestro Derecho. Si el *abandono* puede sugerir la idea de renuncia, el *desamparo* no la sugiere. El empleo indistinto de ambas palabras es la equivocación sufrida por los comentaristas españoles y aun por el mismo Centro Directivo. De esta censura no se libra Cánovas, que se ajusta demasiado a la doctrina francesa para verse libre de su influjo directo.

Por eso, al llamar abandono a esa situación procesal, hay que aclarar que no supone pérdida de propiedad; que simplemente se abandona la tenencia material y no la posesión jurídica; que los bienes no se convierten en *nullius*; que no es una renuncia traslativa ni abdicativa; que no es el abandono del obligado *propter rem*, que por desprenderse de la cosa se desprende de la carga real, etc.

En cambio, el desamparo da mejor idea de que solamente se hace dejación de determinados derechos derivados de la propiedad de la cosa y de otros derechos, también precisados, pertenecientes a la órbita procesal. El padre que desampara a su hijo en el hospicio, no por eso pierde la paternidad; hace dejación de su deber de padre y de sus facultades como padre. Estos derechos y obligaciones pasan en parte a

(1) La *hyperocha* romana. Ver Sohm: ob. cit., pág. 312.

otra persona, que no es el deudor y que éste designa, pues por disposición legal (*no presunción legal*) el deudor viene a ser un *representante forzoso* (o legal) del tercer poseedor, autorizado solamente para vender. Efectivamente, si bien se consideran los bienes en poder del deudor, es para este solo efecto, pues respecto la custodia, administración y liquidación de las cantidades percibidas por frutos o por el precio de la venta, no es el deudor a quien se encargan o a quien están encomendados, sino a un administrador especial y al Juzgado (1). Esto suponiendo que el acreedor y el deudor primitivo no hayan concertado pactos especiales, obligatorios para el tercer poseedor, o sin suponer también que el tercer poseedor siga en posesión de la finca hasta el momento de la adjudicación, lo que no es imposible, ni mucho menos. El desamparo exterioriza la resignación del tercer poseedor ante lo inevitable y su conformidad con soportar la ejecución, sin ejercitar acto alguno en defensa de su inmueble hipotecado, por inhibición, despreocupación y convencimiento de la inutilidad de tal defensa. Si cabe hablar de abandono en el desamparo de bienes, es solamente respecto a una ventaja procesal (2) y de los derechos que la posición de propietario o de tercer poseedor concede para la defensa de su propiedad en el juicio correspondiente. Pero nunca hay acto traslativo hasta la adjudicación. Más bien es la adopción de una actitud pasiva, la de *dejar hacer*. Actitud pasiva distinta de la de no pagar ni abandonar, puesto que en ésta se agrava la responsabilidad pecuniaria (intereses desde el requerimiento y costas; art. 126, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria), y en aquélla, la responsabilidad es la determinada por la hipoteca. En suma, el desamparo equivale a *privar de protección* a la cosa, pero no es abandono, ni renuncia.

Dejamos con toda intención los demás problemas que surgen con el estudio de la figura del tercer poseedor y que pueden examinarse en las obras de los autores citados, para centrar el tema en un solo aspecto de los que se han examinado: la naturaleza del desamparo. Referida someramente queda la posición de la Ley, la doctrina y la

(1) Véanse los artículos 1.450 y 1.530 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(2) La oposición, que le convierte en *parte* del procedimiento (art. 127, párrafo 6.º, de la Ley). Las facultades que conserva el tercer poseedor que abandona, pueden deducirse de la R. de 29 de septiembre de 1924 y de cuanto señalan: González Rodríguez (ob. cit., pág. 380), Roca Sastre (ob. cit., tomo I, página 304, y tomo III, pág. 712) y Sanz Fernández (*Instituciones*, «Notarías», pág. 440 del tomo I).

jurisprudencia españolas, pero no se ha precisado esa naturaleza. Luego volveremos a insistir sobre esta cuestión. En este momento irrumpe Cánovas en la palestra, para romper una lanza. Sigámosle.

III.—LA "OBLIGATIO REI" Y LA OBLIGACIÓN NATURAL.

La Ley Hipotecaria reformada, al limitar la responsabilidad, por pacto, a los bienes hipotecados, deja en el aire el destino de la parte impagada del crédito, cuando la venta del inmueble hipotecado no cubre la totalidad del crédito. Claro que esto también sucede en los casos en que el deudor no tiene otros bienes con qué responder, estén o no los gravados en su poder, puesto que toda hipoteca lleva dentro de sí la concreción o limitación de la responsabilidad al inmueble gravado. Es la entraña misma del crédito real.

Para Angel Sanz, esa parte impagada de crédito deviene en obligación natural. Ingeniosa teoría que no satisface, pues una obligación que no puede exigirse no se concibe en nuestro Derecho, ni está amparada por nuestro Código. No es un caso de enriquecimiento injusto, porque el deudor no se enriquece. Si no tiene otros bienes, porque se queda sin nada. Y si los tiene y hay pacto de limitación de responsabilidad, este pacto rechaza la idea del enriquecimiento torticero. Cánovas, por el contrario, entiende que para el juego normal de la obligación natural, se presta la *obligatio rei* en el caso de impago parcial del crédito garantido.

Una vez responsabilizada la hipoteca, por pacto o por traspaso del inmueble gravado a un tercer poseedor, si éste *abandona* el inmueble, ¿qué sucederá?

IV.—ESBOZO DEL ABANDONO.

Propiamente, "*abandono*" implica el acto contrario al de la ocupación. La *derelictio* de los romanos. La renuncia a la posesión de una cosa, con ánimo de despojarse de su propiedad, que la convierte en *nullius*, susceptible de apropiación por el primer ocupante. Tal piensan Sohm y Girard, pero Michón opina que el abandono en sus peculiares características fué institución desconocida por los romanos.

En la Roma primitiva el prestatario transfería la propiedad al acreedor, y éste se comprometía, mediante el pacto de *fiducia*, a devolvérsela una vez reembolsado de su crédito. Por eso la hipoteca, según frase

de Planiol, era como una "prenda diferida", puesto que en ella la acción del acreedor se limitaba a pedir que se le abandonase la posesión del inmueble para poder proceder a su venta y percibir el importe del crédito. En tiempo de Pothier aun persistía la convicción de que el efecto de la acción hipotecaria era condenar al abandono del inmueble hipotecado. Posteriormente este abandono se enquistaba en la figura del tercer poseedor.

Ahora bien, ese abandono, ¿guarda semejanza con alguno de esos institutos más precisos y estudiados de la renuncia y de la revocación? ¿Es típico en nuestro sistema o se halla adherido a esa fórmula jurídica del *tercer poseedor*?

V.—LA RENUNCIA.

Para D. Jerónimo González, Colm y Roca, la renuncia significa la voluntaria dejación o abandono de una situación, facultad, ventaja o expectativa tuteladas por el ordenamiento jurídico.

Normalmente es impersonal, no dirigida a persona favorecida. Si adquiere un tercero, esto no es efecto de la renuncia, según Gierke, sino de otra situación separada de la renuncia.

Entramos en el problema de la renuncia abdicativa (1). Para Roca, en los casos en que frente al derecho no aparece *un sujeto individualmente obligado*, cabe concebirla como acto unilateral; no se necesita el concurso de otras personas. El efecto es que la cosa deviene *res nullius* y pertenece al primer ocupante, afirma Lessona.

Sin embargo, cuando un copropietario abandona *su cuota parte*, los autores discrepan sobre el destino de la porción abandonada. Para Gianturco y Vitaveli, es *res nullius*. Weinscheid, Yhering y Germano, opinan que acrece a los copropietarios y que es necesaria la aceptación. González Palomino distingue dos casos: a) Libre y simple abandono de la cuota. No hay acrecimiento porque éste no funciona cuando hay porción vacante; la ocupación funciona automáticamente. Los actos de posesión no recaen sobre las cuotas, sino sobre la cosa entera (art. 394 del Código civil); b) El supuesto del artículo 395. No hay abandono sino dación en pago de la parte de gastos adeudados por el copropietario. Ni renuncia ni acrecimiento.

(1) La renuncia traslativa, bilateral, no tiene relación con el tema. Por eso no es objeto de referencia especial.

Cánovas se pregunta: ¿Cuándo y cómo abandona el copartícipe? ¿Si paga otro por él, funciona la dación de pago respecto a éste? En derecho romano, la pérdida de la cuota por impago de gastos era una sanción que beneficiaba a los copartícipes. El Digesto (libro 17, título segundo, "Pro socio"), según traducción de Rodríguez de Fonseca, se inclina a que si un comunero paga por el que omitió hacerlo, sólo en beneficio de él funciona la dación en pago. Nuestro Código civil nada dice, pero Cánovas no cree sea ésta la solución del legislador español, y, por el contrario, opina que la renuncia del artículo 395 es el abandono normal.

Vareilles-Sommieres estima que los *jus utendi, fruendi y abutendi* romanos son simplemente tres cualidades del derecho de propiedad; aunque alguna falte, no por eso deja la propiedad de ser completa (piénsese en un pico montañoso). Luego la propiedad no es la trinidad de cualidades que los autores expresan, así como no es la suma de los derechos reales en que puede desmembrarse. Los romanos no conocieron esta idea de desmembramiento, que en cambio es familiar a los autores franceses y que constituía un tecnicismo en materia de feudos. Así, Pothier, en su "Tratado de Feudos", nunca emplea la palabra desmembramiento respecto la propiedad. De esta inexactitud parten los autores que presentan los derechos reales como partes, fragmentos o pedazos de la propiedad. Un propietario que constituye una servidumbre no tiene la propiedad entera. Este concepto puede comprenderse en la definición de propiedad de Aubry et Rau, pero no en la que dan los Códigos inspirados en el de Napoleón; derecho de gozar y disponer, de obtener todos los posibles servicios. El propietario no cede a otro ninguno de los derechos; el nuevo derecho creado no es el derecho antiguo del propietario, sino un derecho nuevo que se ha situado en un lugar de la propiedad. Sólo hay un derecho que pueda recibir el nombre de desmembración de la propiedad; la copropiedad.

Cánovas recoge esta idea o concepto del Marqués-Jurista y deduce que no se trata en la copropiedad de distintas propiedades o derechos fragmentados, autónomos, sino de distintos fragmentos de uno solo: la propiedad total. Luego al abandonarse una cuota o fragmento por obra biológica, de necesidad jurídica de expansión dominical, automáticamente este fragmento queda absorbido en el todo. La cuota, ni deviene *nullius* ni acrece a los demás (reintegrarse a un todo

no es acrecer), ni puede hablarse de cesión onerosa, tesis de González Palomino, en el caso del artículo 395 citado.

VI.—LA REVOCACIÓN.

El tercer poseedor abandona o desampara, pero puede recuperar en cualquier momento del procedimiento, si paga antes de la venta. Cabe pensar en un acto de revocación. Pero la revocabilidad, para Dusi, no es un concepto simple; abarca diversas instituciones jurídicas; y según Fuenmayor hay revocación cuando se destruye y cancela una enajenación perfectamente válida, haciendo resurgir el antiguo dominio del transferente, en virtud de un cambio de voluntad de éste, mediante el ejercicio de una potestad reconocida por la Ley. ¿Será el desamparo una cesión condicionada?

Se pierden, para el Notario D. Manuel González, con el desamparo, facultades dominicales y se renuncia a defender la cosa y a intervenir en la liquidación. Pero no se pierde el dominio, en opinión de Chiaroni. ¿Qué se pierde entonces? En el terreno de las ficciones, sería más sincero hablar de una cesión condicionada al pago antes del remate por el tercer poseedor. El concepto entra de lleno en la revocación, salvo la duda de si el cumplimiento de condiciones puede encerrar una revocación. En la enajenación con condición suspensiva está claro que no existe revocación.

En la condición resolutoria, el retracto (condición potestativa parecida a la recuperación por pago después del abandono) no supone la revocación, *porque el carácter negativo, inherente a ésta, no siempre acompaña al acto del retrayente; el pago*. Mas en el abandono, el acto positivo es colocarse en situación de indefensión; el acto negativo, la acción de pagar.

Aun surgen más cuestiones: Perdida la cosa, será en perjuicio del tercer poseedor, quien estaría obligado a pagar el precio aplazado. Si se añade la distinción de la revocación en *ex tunc* (con retroactividad) y *ex nunc* (sin retroactividad) o la más compleja de *real y obligatoria o directa e indirecta*, según que el derecho real venga perdido sin más (*ipso jure*) o solamente surja un derecho de obligación tendente a su dimisión (transmisión), vemos la dificultad de encajar el abandono como cesión sujeta a recuperación dentro del instituto de la revocación.

Para Cánovas, en la situación especial del abandono, podría ha-

blarse de *propiedad revocable*, aunque no de *revocación de la propiedad*. Hay dualidad de derecho sobre la cosa; derecho del cesionario, pendiente de la facultad del cedente de recuperar, y derecho del cedente, posible y amenazador. Dominio de segundo grado, decaído, enfermo, que recuerda (cita de Fuenmayor) el artículo 2.505 del Código civil argentino de 1869, con su dominio pleno o perfecto y su dominio menos pleno o imperfecto; en este último, conforme el artículo 2.661, encaja el dominio revocable.

VII.—LA OBLIGACIÓN REAL O "PROPTER REM".

Busca Cánovas el concepto de la obligación real exclusivamente en la doctrina francesa, especialmente en las opiniones de Bonnecase, Demelombe, Planiol, Michón, Bretón y Lépargneur, para concluir con que la tipicidad de esta clase de obligaciones se señala por dos características: su accesoriedad de un derecho real (desaparecido éste, aquélla se extingue por falta de causa) y la facultad de liberarse de tal obligación por el abandono de la cosa. Estas dos características, acaso se den solamente en los derechos reales accesorios y, más concretamente, en la hipoteca cuando el inmueble ha pasado a poder de tercero; en la fianza real o hipotecante por deuda ajena, y en la hipoteca con pacto de limitación de responsabilidad. No puede centrarse únicamente en la facultad de abandono o *délaissement* la característica principal de las obligaciones *propter rem*, porque a través de todas las instituciones jurídicas encontraríamos esta facultad como un fantasma de pesadilla.

Creo conveniente refrescar la memoria respecto al origen y estado actual de la teoría del derecho real, que, no por muy conocida, deja de ser interesante para señalar rumbos seguros (1).

En Roma, mediante el *nexum*, surge la obligación, y la garantía de su cumplimiento se centra en la persona del deudor. Recordemos los preceptos de la Ley de las XII Tablas: prisión del deudor, encadenamiento y hasta descuartizamiento.

La Ley *Poetilia* sujeta al cumplimiento, no la persona, sino el patrimonio del deudor. La prestación está limitada por la voluntad de éste, pero del incumplimiento responde el patrimonio. Ha nacido la *actio in personam*.

(1) Véase Rigaud: *El derecho real*, Reus, 1928, págs. 22 y sigs.; Sohm: obra cit., pág. 666.

Pero a un pueblo de tan profundo espíritu jurídico no podía dejar de ocurrírsele la posibilidad de afectar alguna cosa del patrimonio del deudor más directamente, desligando la persona y la voluntad del deudor que pasa a un segundo término. Se mira a la cosa y no a la persona. Había que inventar otra acción, y se llamó la *actio in rem*.

Tan poco aficionados como eran los romanos a construcciones sistemáticas, no desarrollaron la teoría. Se preocupaban del caso concreto. Su empirismo impedía una visión amplia y dejaron el campo libre a la fantasía de los glosadores. De la obligación personal se deriva la acción personal, y la acción real arranca del *jus in re* (palabra que por primera vez emplea el Brachylogus) (1).

La obligación personal radica directa e inmediatamente sobre la voluntad de una persona; el acreedor tiene una pretensión a una prestación, según frase de la doctrina alemana.

El derecho real, por el contrario, es un poder directo e inmediato sobre una cosa, con abstracción de la persona obligada. Se ejerce por su titular sin intermediario alguno. Si es en cosa propia, plenamente, se llama dominio. Si es en cosa ajena y parcialmente, tendremos los *juris in re aliena* o derechos reales limitados.

Contra esta concepción se alza la doctrina personalista francesa (Planiol, Demogue), con el apoyo de Windscheid (2). Todo derecho es una relación entre dos personas; no puede existir entre una persona y una cosa, salvo la relación de hecho (uso, goce, aprovechamiento, etcétera). El derecho real impone a todo el mundo (*erga omnes*) la obligación pasiva universal de respeto al derecho del titular.

Era necesaria la solución armónica. Como dice Roca muy bien, Robinsón no puede tener propiedad (3). El derecho real tiene un elemento interno: poder o señorío sobre la cosa, directo, inmediato, y un elemento externo: el deber universal de respeto, *erga omnes*, que alcanza inclusive al titular de la cosa en los *juris in re aliena*. Este titular de la cosa, como intermediario, puede no estar personalmente obligado; del hecho de ser poseedor de la cosa nace que deba sufrir una actividad ajena (*pati*) o abstenerse de una actividad propia (*non facere*) e incluso ejercitar esta actividad propia (*facere*) como en la

(1) Rigaud: ob. cit., pág. 60.

(2) Rigaud: ob. cit., págs. 6 y sigs. y 120 y sigs.

(3) Tema XV de las «Contestaciones de Derecho civil para Notarías». Programa, B. O. del E. de 12 de junio de 1946. También *Instituciones*, «Registros», tomo III, pág. 105.

servidumbre *oneris ferendi* (repara el muro) o en las cargas reales y censos (cumplir la prestación). Puede desligarse de la obligación real abandonando la cosa, cuando no está personalmente obligado; renunciando a su propiedad (*derelictio*), ya que tiene una titularidad pasiva, por razón de la cosa, *ob rem* (las *propter rem* u *obligatio rei* de nuestros clásicos).

En el derecho real puro, el sujeto pasivo es indeterminado, incluso cuando existe un intermediario, porque éste no es *nominati* como persona, sino como titular de la cosa. Por el contrario, en la obligación personal existe una obligación en sentido estricto, exigible a una persona individualmente determinada, no *erga omnes*. El deber de respeto universal no es una obligación, sino un deber.

Ahora bien, el derecho real no es único. Se conocen diversos tipos de derechos reales, que pueden clasificarse de distintos modos:

Corporales e incorporeales. Temporales, perpetuos o de duración indefinida. Universales y singulares. Con plenas facultades, con facultades divididas y con facultades limitadas. Transmisibles o intransmisibles: estos últimos en personalísimos y en subjetivamente reales. Los personalísimos, en absolutos o relativos. De goce, de realización de valor y de adquisición, etc.

No parece muy acertada la clasificación en principales o accesorios, tan en boga anteriormente, porque hoy se entremezclan los tipos de tal manera, que no se pueden distinguir bien qué derecho es el principal y cuál es el accesorio. Así sucede con la hipoteca, por motivos que no puedo referir aquí y que con algún detenimiento traté en otra ocasión (1).

La hipoteca, directamente relacionada con el tema de la conferencia de Cánovas, es un derecho temporal, singular, con facultades limitadas, transmisible y de realización de valor. En este derecho pueden coincidir la responsabilidad real y la obligación personal, pero también pueden estar bifurcadas al constituirse (hipotecante por deuda ajena) o posteriormente (adjudicación en el procedimiento sumario o sin asunción de deuda; caso del tercer poseedor). La hipoteca con responsabilidad limitada al inmueble gravado, en su origen puede ser con responsabilidad personal y real, unidas o bifurcadas, aun cuando

(1) En mi conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 9 de febrero de 1947, respecto de la hipoteca de rentas o prestaciones periódicas.

algún autor niega esta última hipótesis (1); pero en ambos casos, el resultado es el mismo: localizar la deuda sobre la finca, sin extensión posible de responsabilidad personal al deudor. No entremos en los problemas que se plantean.

Es de importancia el análisis de si en la hipoteca están unidas o separadas la obligación personal y la responsabilidad real, porque cuando están unidas no cabe el desamparo en la ejecución por la acción hipotecaria. El deudor no tiene este derecho, sino el tercer poseedor. Es más, puede desamparar en el procedimiento ejecutivo ordinario: nunca en el judicial sumario ni en el extrajudicial, conforme al artículo 131 de la Ley Hipotecaria y 235 de su Reglamento.

Luego el desamparo nada tiene que ver con la accesoriedad de la hipoteca, en lo que discrepo de la opinión de Cánovas. Pero tampoco tiene nada que ver con la facultad de abandono de la propiedad, el *délaissement* francés, coincido plenamente con esta opinión del conferenciante. Hay que desechar, por tanto, la teoría de que la naturaleza del desamparo tenga relación única con las características de las obligaciones *ob rem*.

El camino seguido por Cánovas difiere del anteriormente expresado, con peligro de caer en las confusiones de la doctrina personalista francesa, pues arranca de que el problema de la noción del derecho real y del derecho de crédito no se hallará nunca completamente elucidado, así como del concepto de privilegio, que para Bonnetcasse no es un derecho, sino una cualidad de un derecho o una prerrogativa.

La distinción entre privilegios especiales inmobiliarios y las hipotecas no puede mantenerse, dentro del Código francés, sino a fuerza de grandes sutilezas (2). Por eso, Poplawsky, hace bastantes años, con la misma complicación que para nosotros tiene su nombre, difícil de pronunciar, sostuvo la tesis de que la hipoteca carece de sustantividad. Bonnetcasse sigue a este autor personalista y va más allá: identifica la hipoteca con el privilegio. Máxime Chauveau, en 1931, sostiene lo mismo y combate la calificación de derecho real accesorio, o de segundo grado, para la hipoteca. Es decir, son concepciones absolutas-

(1) Roca: *Instituciones*, «Registros», tomo III, pág. 130. Sanz: *Comentarios*, pág. 393. La consecuencia es que el pacto de responsabilidad limitada impide surja el tercer poseedor, y no cabe el desamparo de bienes.

(2) Planiol y Ripert: *ob. cit.*, tomo XII, pág. 9, y tomo XIV, pág. 285. También Núñez Lagos: «Jornadas de la Academia Matritense del Notariado». *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, enero 1947, págs. 66 y 68.

mente personales de los derechos reales. Por cierto que el último autor reconoce *que esta concepción no tiene ninguna repercusión práctica sobre la organización y funcionamiento de las garantías reales*.

Dato curioso: Carnelutti, que también sostiene que la hipoteca no es un derecho real y que reivindica para el Derecho procesal el concepto de responsabilidad, como antaño reivindicaron los procesalistas el concepto de la acción, termina por confesar que *"la naturaleza estrictamente procesal de estas instituciones (prenda e hipoteca) ha sido recientemente descubierta, y por ello es objeto de dudas que todavía no han sido superadas"* (1). Aun así, el prestigio del autor consiguió introducir la hipoteca en ese cajón de sastre que es el Libro VI del Código civil italiano de 1942 (2).

Tan paladinas confesiones inducen a la duda respecto a la solidez de la concepción y de la argumentación que la sostiene. Por eso los redactores del Proyecto de Código civil portugués han rechazado categóricamente la idea de ajustarse a la estructura del flamante Código italiano (3), y por eso también hay que mirar con recelo esas opiniones un tanto originales y no muy fundamentadas.

Las teorías de Demelombe respecto que las servidumbres voluntarias no son más que obligaciones reales, y de Planiol, considerándolas como obligaciones semirreales, así como la de Rigaud de los derechos reales *in faciendo*, entre los que comprende la hipoteca, de manera similar a como la consideraron Gierke en Alemania y Fadda y Bensa en Italia, han sido superadas por la que antes hemos llamado solución armónica. También Michón fijó más certeramente el concepto.

Para Michón, las obligaciones *propter rem* se presentan como simples accesorias de un derecho que pertenece al deudor y al cual puede éste renunciar; por esta renuncia, el deudor se libera de las cargas adheridas a ese derecho, que obligan a la persona en tanto es poseedora de la cosa. El juego de esta obligación no es igual en los derechos reales principales que en los accesorios; en los primeros, si no se utiliza el derecho de abandono, los gastos recaen sobre todo el patrimonio del obligado (propiedad medianera, por ejemplo), y en los segundos, se abandone o no la cosa, la obligación recae tan sólo sobre el inmue-

(1) *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Bosch. Traducción de Jaime Guasp.

(2) Nicolás Pérez Serrano: *Cinco conferencias sobre el proyecto de Libro 1.º del futuro Código popular alemán*, Madrid, 1943, pág. 26.

(3) *Información Jurídica*, núm. 54, noviembre 1947, pág. 120.

ble gravado (caución real, hipoteca cuyo inmueble ha pasado a tercero y el beneficio de inventario). En tanto que la cosa no sea objeto de modificación jurídica, por continuar el titular deudor sin variar de postura, las obligaciones *propter rem* no ofrecen gran interés práctico, pero como la *res* es la causa única de la obligación, todo cambio jurídico en aquélla repercute en ésta. La pérdida fortuita de la cosa, extingue la obligación. En los derechos reales de goce, el abandono opera una consolidación o una confusión; en los derechos reales de garantía el abandono provoca una simple detentación seguido de una venta en pública subasta.

Lépargneur trata del problema (en derecho francés, que por razones históricas repudia la constitución de las cargas reales) de la imposición de un gravamen que surta efecto tanto sobre el comprador como sobre sus causahabientes. Rechaza la idea de la condición resolutoria, que no consigue la transmisión de la carga, y se acoge a la idea de la servidumbre, unida a la noción de la obligación *propter rem*. Es demasiado artificiosa su tesis para resistir un análisis minucioso, aun dentro del marco del *Code* francés.

VIII.—CONCLUSIONES.

Cánovas cree que el desamparo de finca hipotecada es algo más que una renuncia de efectos procesales solamente, y opina que el legislador, al situar los bienes en poder del deudor, no es por cuestión de procedimiento, sino por el carácter accesorio de la hipoteca. Desamparada la cosa por el tercer poseedor, nadie más caracterizado que el deudor para defenderla en la liquidación, puesto que actúa en su propio interés al impedir que un malbaratamiento de aquélla, que impida cubrir el importe adeudado, repercuta sobre su total patrimonio (artículo 1.911 del Código civil). El deudor a cuyo poder han vuelto los bienes, deviene en un estado especial de posesión y nace en el momento del abandono una relación de posesión, con su secuela de administración, pago de contribuciones, representación, etc. El deudor obra como una especie de gestor de negocios ajenos (art. 223 del Reglamento hipotecario).

Disiente de la opinión de Roca, coincidiendo con Sanz, en que el hipotecante por deuda ajena puede desamparar su inmueble y cree que las situaciones del tercer poseedor y del fiador real son idénticas. Igualmente estima que no hay inconveniente en admitir la facultad de aban-

dono en el caso de hipoteca con pacto de responsabilidad limitada, pues considera pueril distinguir que la deuda, vaya o no ligada a la persona dueña de los inmuebles hipotecados, al asimilarse esta clase de hipotecas con las obligaciones *propter rem*.

Por último, Cánovas ve en el abandono, tal como lo configura el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, una renuncia cualificada, esto es, condicional, que sitúa a la propiedad de la cosa en manos de otra persona, a manera de precario, por no encajar su concepto en el más técnico de la revocación, aunque también pudiera decirse ser aquélla una suerte de propiedad revocable. Este abandono no es exclusivo del tercer poseedor (concepto que debiera haberse borrado en la nueva Ley y sustituido por el de tercer dueño del inmueble hipotecado), por ser consecuencia de la existencia de una obligación real.

IX.—RECAPITULACIÓN FINAL SUJETA A REVISIÓN.

El excelente trabajo de Cánovas es un paso más en el estudio del concepto, naturaleza, caracteres y consecuencias del desamparo de los bienes hipotecados. Nada importa que sus conclusiones sean más o menos exactas o indiscutibles. Por el contrario, merecen los honores de la discusión.

A lo largo y a lo ancho de cuanto he expuesto, se puede inferir que personalmente no comparto la tesis del conferenciante en varios aspectos y que en otros la acepto plenamente. Ello no quita mérito a Cánovas, sino que, por el contrario, lo acrecienta. Me ha hecho trabajar y pensar y puede obligar a igual resultado a otros lectores más capacitados.

Por eso quiero, para concluir, hacer una especie de resumen o enumeración de los problemas que pueden ser objeto de trabajos futuros. Recapitulemos.

A) Desamparo y abandono son conceptos distintos. En Derecho romano no se conocía el desamparo, que la Ley de Partidas introdujo en nuestro Derecho y que con parecidas características se mantiene en las leyes hipotecarias modernas. El desamparo no sugiere la noción de cosa *nullius*. El abandono (*derelictio*) implícitamente significa pasar la cosa a la situación de *nullius*, y por eso la doctrina francesa reacciona contra esta noción. El Código francés se refiere al abandono. Nuestro Derecho, más perfecto y preciso, mantiene la palabra desamparo, que significa dejación, inhibición, dimisión de algo que

no convierte la cosa en *nullius*, ni es bastante para verificar una transferencia de dominio.

B) En su origen, el derecho a desamparar los bienes correspondía al deudor personal, conforme el Código Alfonsino, pero no había obstáculo legal alguno para que fuese utilizado por un tercer poseedor. Este derecho no podía, ni puede, utilizarse, antes y ahora, más que en el juicio ejecutivo ordinario; es una posición o situación procesal, especial de este juicio, con escasas repercusiones en el Derecho civil (1). Creo que si se mantiene en nuestra Ley procesal es porque fué promulgada en una época en que la doctrina hipotecaria estaba en nebulosa, sin fijar técnicamente los conceptos.

El desamparo no tiene lugar en los demás procedimientos de ejecución hipotecaria, judicial sumario y extrajudicial, porque éstos desenvuelven, mejor o peor, la noción de que la acción hipotecaria se dirige directamente contra los bienes hipotecarios y se limitan a privar de la posesión al deudor o tercer poseedor, cuando hay pacto expreso (regla 6.^a del artículo 131 de la Ley, concordante en lo esencial con los 1.450 y 1.530 de la Ley en Enjuiciamiento civil).

C) El desamparo le está negado al deudor, *porque está obligado a pagar*, porque es personalmente responsable con el inmueble hipotecado y con todos sus bienes. Nuestra Ley confiere este derecho al tercer poseedor (tercer adquirente sin asunción de deuda, usufructuario, dueño útil o directo), porque no está obligado a pagar, sino que está *facultado* para pagar si quiere evitarse las molestias de soportar la ejecución, ya que su inmueble está afecto a un derecho real de realización de valor, hecho que no ignora y que le priva del derecho de sustraer el inmueble de tal eventualidad, que debe ser esperada por él como algo inevitable. La Ley Hipotecaria habla indebidamente de obligación de pagar (*deberá verificar el pago*, dice el artículo 126) por influjo de la redacción del artículo 2.168 del Código napoleónico o por desafortunada redacción gramatical. En la regla 5.^a del artículo 131 de la Ley se emplea con precisión y exactitud la palabra *pueda* (facultad). Hay opiniones doctrinales fundamentadas, a las que me adhiero, que se inclinan a dar igual trato al hipotecante por deuda ajena y al tercer poseedor. La similitud es evidente, así como también la analogía con el deudor personal que hipotecó con pacto de respon-

(1) Véase Angel Sanz: *Compraventa de finca hipotecada* (conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona el 21 de abril de 1944), pág. 53.

sabilidad limitada, pues el acreedor no puede ejecutar más bienes que los hipotecados: no existe deudor personal. No existe responsabilidad ilimitada, sino localizada y concretada.

D) Todo ello quiere decir debía ser indiferente, para poder desamparar, que el poseedor de la finca esté o no obligado personalmente. En el derecho histórico, el desamparo tenía lugar cuando el deudor entregaba todos sus bienes al Juzgado, sin reservarse nada para él. Pero ahora, que la responsabilidad está perfectamente delimitada y concretada en el inmueble y que la acción real es preferida a la personal, en realidad poca significación jurídica tiene el desamparo, ya que carece de contenido por estar limitado a una situación procesal y a una representación forzosa e inútil de la persona del tercer poseedor a efectos del otorgamiento de la escritura de venta, según veremos seguidamente.

E) La Ley Hipotecaria simplemente enfoca el desamparo al solo efecto de que los bienes se consideran (no que lo estén) en poder del deudor, a fin de que pueda dirigirse contra los mismos el procedimiento ejecutivo. Y como consecuencia, el artículo 143 del Reglamento establece que en el caso de desamparo se otorgará la escritura por el deudor o por el Juez en nombre de éste. Se vuelve al Derecho romano; el acreedor estaba facultado para transmitir la propiedad al comprador. Para evitar molestias al tercer poseedor que desampara, y de conformidad con el deseo que éste expresa, deliberada y solemnemente, se le autoriza para que no concurra a la venta del inmueble. *Ultimo efecto del dejar hacer* y de la voluntad de permanecer ajeno a la ejecución.

F) Manuel González creía que se abandonaban facultades dominicales. No comparto íntegramente esta opinión, por las siguientes razones: Respecto a la facultad de disposición, la principal en el dominio o en el mismo nivel que la de goce, no veo disposición alguna que prohíba enajenar al tercer poseedor que ha desamparado los bienes. Esto, que parece un contrasentido, obedece a los enérgicos efectos de la publicidad registral. En el Registro consta la hipoteca; debe constar la anotación de embargo, y hoy, además, la nota marginal a que se refiere el artículo 143 del Reglamento hipotecario vigente. El adquirente sabe a qué atenerse, conoce los riesgos a que se expone, y la hipoteca, la anotación y la nota surten todos los efectos de la publicidad (véanse los artículos 134 de la Ley y 143 y 226, núm. 2.º del Reglamento). El desamparo, lo mismo que el embargo, no hace más

que sujetar la finca a las resultas del procedimiento. Y la anotación de embargo no priva a ningún adquirente del poder de disposición, ni el desamparo es una prohibición de enajenar. En el Derecho antiguo se comprende que las posibles enajenaciones se consideraran fraudulentas y hubiera que rescindir las o revocarlas, pero actualmente los efectos de la publicidad no impiden que una vez otorgada la escritura de adjudicación al rematante pueda éste inscribirla (art. 175, regla 2.^a del Reglamento), cancelándose todas las inscripciones contradictorias o limitativas del derecho que se inscribe, posteriores a la inscripción de la hipoteca, que no sean preferentes.

Respecto el poder de goce y la administración de la finca, no veo que necesariamente haya de ser privado de ella el deudor, aun cuando haya pacto expreso a favor del acreedor, porque éste no está obligado a encargarse de la administración; es facultad suya, que puede o no utilizar. Si la finca es improductiva; si la producción es pequeña; si el acreedor se considera garantizado con exceso por el valor en venta de la finca y no quiere las molestias de la administración, bien puede no pedir la posesión de la finca. Aun en el caso del artículo 1.450 de la Ley Procesal, no es el acreedor quien se encarga de la administración, sino la persona que éste designe, y teóricamente, si el tercer poseedor es buena persona, cabe la designación del mismo tercer poseedor por el acreedor. Es decir, que no es que necesariamente haya que privar de la administración y derecho de goce al tercer poseedor, según nuestra Ley (1).

G) Además, el tercer poseedor, aunque desampare, no se ve privado de los beneficios de los artículos 112, 113, 114, 115, 120 y 146 de la Ley Hipotecaria. Por el contrario, si no paga ni desampara, es cuando su responsabilidad se extiende a los intereses y gastos a que por su morosidad pueda dar lugar. El desamparo le favorece en este caso y para este efecto.

Tampoco el tercer poseedor se ve privado de las cantidades sobrantes del precio de venta de la finca, ni de las acciones o derechos que pudieran corresponderle por evicción u otro concepto.

Por último, en el Registro no se refleja la situación del desamparo, y el tercer poseedor sigue siendo titular de la finca.

H) Pudiera preguntarse, muy fundadamente, que si lo anteriormente expuesto es cierto en todas sus partes, el desamparo no es nada

(1) En contra, la Resolución de 27 de abril de 1921.

justificable; que está vacío de contenido. Hay un mucho de verdad en esta apreciación, pues tal como queda regulado en la Ley Hipotecaria, el desamparo no significa más que lo siguiente:

1.º Dejación del derecho a ser parte en el procedimiento, o sea, renuncia a una ventaja procesal en un determinado juicio: el ejecutivo ordinario. Inhibición del derecho de defensa de la propiedad, como dice bien el Centro Directivo.

2.º Dejación del derecho a otorgar, como titular registral, la escritura a favor del rematante, que en este caso será otorgada por el deudor como representante legal forzoso para este acto (o el Juez, en rebeldía del deudor). Es bastante inexplicable esta ficción, inútil por demás, pues lo mismo podría vender el Juez en nombre del tercer poseedor que no quisiera otorgar la escritura y adoptase una actitud pasiva (la que verdaderamente le corresponde en su deber de soportar tan sólo la ejecución). Sería más ajustado a las normas hipotecarias. El rodeo no puede obedecer más que a la incomprensión de que la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, prescindiendo de quién es su titular y a la máxima del derecho histórico de que nadie puede ser vencido en juicio sin ser oído. Esta confusión está hoy superada totalmente y así se reconoce en el artículo 131 de la Ley.

3.º Posibilidad de ser privado el tercer poseedor de la posesión de la finca y de su administración, en su sentido de tenencia material.

En una palabra, que tal como se concibe el desamparo en nuestro Derecho, es algo arcaico e inútil, que debiera suprimirse. Al tercer poseedor, obligado a soportar la ejecución, debe dársele la posibilidad de intervención en el juicio en los términos del artículo 131 de la Ley. Si no quiere intervenir en nada y se inhibe, conforme su deber único de *soportar*, debe dejársele tranquilo y sin considerarle en rebeldía (él a nada se opone; deja hacer simplemente), seguir el procedimiento como si no existiese; ahí están los bienes que responden por sí mismos. Llegado el momento de la adjudicación y del otorgamiento de la escritura, debe comparecer el mismo tercer poseedor, y si utiliza su derecho de inhibirse de todo, el Juez, en su nombre, debe firmarla, suprimiendo la ficción inútil, y que a nada conduce, de la representación legal de los bienes por el deudor personal.

Responsabilidad

Responsabilidad, según la Academia de la Lengua, es «deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal»; o también «carga u obligación moral que resulta para uno de posible yerro en cosa o asunto determinado».

Para Alcubilla (1), responsabilidad es la sujeción a la reparación, represión o castigo por haber ejecutado u omitido un acto prohibido o preceptuado por la ley, por la autoridad o por el contrato.

Barrachina dice (2) que la responsabilidad legal es «toda obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro cualquier pérdida o daño. También podría definirse diciendo que es estar a las consecuencias legales de una acción u omisión exigible por la vía del Derecho».

Esta responsabilidad, con relación a los funcionarios públicos, reviste tres aspectos distintos y perfectamente determinados: el puramente administrativo o disciplinario, el civil y el penal, o como expresa Morell (3) siguiendo a Galindo y Escosura y con relación a la responsabilidad de los Registradores; ésta es de dos clases: gubernativa y judicial; la judicial puede ser civil o criminal; aquélla se exige por el centro directivo y los presidentes de las Audiencias; ésta, siempre por los Tribunales de justicia.

La responsabilidad gubernativa se contrae por el mero hecho de faltar el Registrador al cumplimiento de su deber, resulte o no perjuicio de tercero; la responsabilidad civil exige la existencia

(1) *Diccionario de la Administración Española*.

(2) *Derecho Hipotecario y Notarial*.

(3) *Legislación Hipotecaria*, tomo V, pág. 257.

de un daño o perjuicio ocasionado por culpa del Registrador, mede o no intención por su parte u obedezca, por tanto, a error, malicia o negligencia. Si el hecho se realiza por malicia o intención y constituye delito o falta, la responsabilidad será penal aunque no resulte daño o perjuicio para nadie.

Dice acertadamente el profesor Gascón y Marín (1): «Es importantísima la existencia de responsabilidad en los funcionarios, para evitar el abuso del poder de la burocracia y asegurar garantías efectivas a los ciudadanos.»

Aparte del precepto general del Código civil (art. 1.902) respecto a la obligación de reparar el daño causado por el que por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia, cause un daño a otro, extensivo al funcionario que cause el daño en el ejercicio de su gestión por el párrafo 5.º del artículo 1.903, todas las leyes orgánicas consignan los casos de responsabilidad funcional de las tres clases: administrativa, civil y penal, y las formas o procedimientos para sancionarlas.

La Ley de 5 de abril de 1904 sienta en su artículo 1.º el principio general de la responsabilidad de los funcionarios civiles de orden administrativo de todas las clases y categorías por los daños o perjuicios que hayan ocasionado por actos u omisiones en el ejercicio de su cargo, desenvolviendo después en el restante articulado la forma y efectos de la reclamación, que habrá de hacerse precisamente por escrito.

La ley de Contabilidad de 1.º de julio de 1911 dedica un capítulo completo, el IX (arts. 82 al 87), a la responsabilidad de los funcionarios de la Administración pública, «que estarán en todo caso obligados a la indemnización de los perjuicios que sean consecuencia de sus actos».

La Ley orgánica del Poder judicial de 1870 contiene un título V referente a la responsabilidad de los funcionarios, distribuido en un capítulo I, que se ocupa de la responsabilidad criminal, y un capítulo II que hace relación a la responsabilidad civil, que «estará limitada al resarcimiento de los daños y perjuicios estimables que causen a los particulares, Corporaciones o al Estado cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables».

(1) *Derecho Administrativo.*

La Ley orgánica del Notariado de 1862 contiene dos artículos, el 2.º y el 43, de carácter general, sobre responsabilidades de los Notarios por actos u omisiones en el ejercicio de su cargo que causen perjuicio a tercero o que afecten a la disciplina, y el Reglamento vigente, de 2 de junio de 1944, desenvuelve la materia en diversos artículos y más especialmente en el título VI, dedicado a las correcciones disciplinarias.

En cuanto a lo que en esta materia afecta a los Registradores de la Propiedad, la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 creó una institución cuya organización y funcionamiento razonó detallada y magistralmente en la «Exposición de motivos», pero no instituyó una carrera de funcionarios para ella, sino que a los que habían de desempeñar los cargos de Registradores de la Propiedad sólo se les exigió tres requisitos: que fueran mayores de edad, abogados, y que hubieran desempeñado funciones judiciales o fiscales, o ejercido la abogacía cuatro años, por lo menos. No puede hacerse cargo alguno por ello a los redactores de la Ley, puesto que los actuales Cuerpos judiciales y administrativos sólo han constituido carreras con garantías de inamovilidad mucho tiempo después. La ley Hipotecaria de 1869 exigió ya la oposición como único medio de ingreso en la carrera, y la de 21 de julio de 1876 creó el Cuerpo de aspirantes a Registradores de la Propiedad.

En consecuencia con el contenido de la «Exposición de motivos» de la Ley, había en ésta un título referente a la responsabilidad de los Registradores, que pasó al IX de la Ley de 1869 y que tenía como precedente lo dispuesto sobre responsabilidad de los antiguos Contadores de hipotecas en la Ley II, título XVI, libro X de la «Novísima Recopilación». El Reglamento hipotecario de 1870 incluyó esta materia en el propio título IX, que se ocupa de los Registros y de los Registradores de la Propiedad, conteniendo una segunda sección sobre remoción, traslación, corrección disciplinaria, suspensión, responsabilidad, permutas y jubilaciones de los Registradores.

El Reglamento de 1915 contenía también un título, el XI, dedicado a dicha materia, y, por último, la nueva Ley refundida de 1946 y el Reglamento de 1947 desenvuelven todo lo referente a responsabilidad de los Registradores, aquélla en su aspecto civil y éste en el disciplinario, dejando siempre aparte la posible responsabili-

dad penal a los casos previstos en las leyes de este orden y al conocimiento de los Tribunales ordinarios. Pero todas las disposiciones legales y reglamentarias referidas, por ser en materia de responsabilidad trasunto unas de otras, han coincidido en estimar que tanto la civil como la disciplinaria habían de producirse en los casos reseñados especialmente, sin que las enseñanzas de la práctica y aun de la jurisprudencia hayan hecho a los legisladores variar de criterio. Pero desde la Ley de 1861 a la de 1946 ha transcurrido cerca de un siglo sin que, a pesar de ello, ni esa práctica ni esa jurisprudencia hayan influido lo suficiente para variar el sistema de la Ley en orden a la responsabilidad civil ni modificar ni suavizar los preceptos reglamentarios en cuanto a la disciplinaria.

La primitiva ley Hipotecaria y el Reglamento de 1870 para su aplicación, al actuar sobre una materia nueva, es decir, sobre una institución que se creaba, no podían recoger enseñanza alguna de una experiencia que no existía, y por ello, al legislar y reglamentar las responsabilidades de los Registradores, enumeró las de índole civil, diciendo la «Exposición de motivos» que «están expresa y exclusivamente escritas en el proyecto; no ha creído la Comisión que debía dejar abierta la puerta al libre arbitrio judicial, como sucedería en el caso de que se hubiera limitado a hablar en general de ellas; estudiándolas todas, comprendiéndolas individualmente, ha fijado el derecho o cortado malas interpretaciones».

Quisieron además aquellos legisladores someter a los Registradores a una severa disciplina, en consonancia con la falta de cohesión y freno que les ofrecía un personal reclutado de aluvión para una labor nueva y desconocida, no sólo por los dirigidos, sino también por los dirigentes. Esa es, indudablemente, la razón del casuismo de las disposiciones y del rigor de las sanciones previstas.

La sanción disciplinaria ordenada en el título XI del vigente Reglamento está atribuida al Ministro de Justicia, a la Dirección general de los Registros y del Notariado y a los Presidentes de las Audiencias territoriales, que pueden imponer a los Registradores de la Propiedad las siguientes sanciones por las faltas que en cada caso se determinan:

El Ministro (arts. 565, 566, 567 y 569), destitución, pérdida de 20 a 100 números en el escalafón del Cuerpo y traslación forzosa.

La Dirección general (arts. 573 y 574), A): correcciones disciplinarias sin necesidad de formación de expediente; apercibimiento, represión y multa hasta 1.000 pesetas. B): correcciones disciplinarias previa formación de expediente; multa hasta 5.000 pesetas, suspensión por tres meses a un año y suspensión de concursar de uno a tres años.

Los Presidentes de las Audiencias (art. 575): apercibimiento, represión y multa hasta 1.000 pesetas.

Hay en estas disposiciones alguna pequeña modificación con respecto a la reglamentación anterior de que ya nos ocuparemos, como también la hubo en el Reglamento de 1915 con relación a los precedentes; se mantiene, sin embargo, el sistema de enumeración y de graduación de faltas y sanciones, con extraordinaria dureza en unos casos y notoria falta de equidad en otros.

La traslación forzosa, que según el artículo 451 del Reglamento anterior era facultad del Gobierno—claro es, aunque no lo dice, que a propuesta del Ministro de Justicia—, en el actual es facultad de dicho Ministro en virtud de expediente instruido por la Dirección general, conforme al artículo 569. En este artículo se suprime el párrafo 2.º del referido 451 en cuanto a ser causa de traslación el mezclarse en asuntos políticos en el territorio del Registro, salvo el ejercicio del derecho de sufragio, y se sustituye por el número 3.º del 569, referente a haber sufrido tres correcciones disciplinarias por causas no graves, añadiéndose además un cuarto párrafo, que hace relación a haber ejercitado en su distrito actos contrarios a las instituciones que rijan en el país, aunque no sean delictivos.

La supresión de ese párrafo 2.º está en perfecta armonía con el concepto actual del funcionario público en relación a la política, no sólo distinto, sino absolutamente contrario al que antes se tenía, y que se llevaba tan a rigor, que algún compañero nuestro—que afortunadamente aún vive—, para presentarse candidato a diputado a Cortes por el distrito en que ejercía su cargo de Registrador de la Propiedad, tuvo que solicitar y obtener otro Registro, como también obtuvo su diputación, pues en el distrito tenía grande y legítima influencia. Ahora se simultanean en la misma población el Registro y cargos que siempre se estimaron políticos como cosa natural y corriente.

Son penas gravísimas la destitución, aunque ineludible en casos como el del artículo 565, y la de pérdida de números en el escalafón, que si llega a los ciento a que autoriza el artículo 567, significa que el funcionario sancionado no pueda nunca moverse de su puesto o de otros de rendimientos análogos, porque anteponerle cien números, es decir, dos promociones enteras de personal más joven, no puede producir otro resultado.

No es nuestro ánimo comentar detalladamente todo el contenido de este título reglamentario. Nos limitaremos a hacer constar el diferente tono de sus preceptos con el de los que afectan al Cuerpo más afín a nosotros, el Notariado.

Según el artículo 341 de su Reglamento, las correcciones disciplinarias que pueden imponerse son tres: primera, apercibimiento; segunda, multa; tercera, traslación forzosa. No hay, pues, ni destitución ni postergación. La multa hasta 1.000 pesetas sólo pueden imponerla las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, y las que excedan de esta suma hasta 5.000 pesetas, el Ministro de Justicia, llegando la consideración hacia el funcionario hasta disponer (último párrafo del artículo 345) que la cuantía de la multa deberá guardar relación, no sólo con la mayor o menor importancia de la falta, sino también con la situación económica del Notario, determinada por el mayor o menor número de folios de su Notaría.

Esta sabia y equitativa disposición no tiene siquiera en cuenta la posición económica particular que pueda tener el Notario sancionado, sino que se contrae sólo a la que le proporcione su Notaría.

Ya sabemos que si un Notario llega a encontrarse en las circunstancias a que hace relación el artículo 565 del Reglamento Hipotecario, tendrá forzosamente que ser destituido; pero el Reglamento Notarial no hace referencia a ello ni a nada que pueda ser excesivamente duro o vejatorio para los funcionarios.

En nosotros es tradicional este clima poco grato. Basta recordar, además, disposiciones afortunadamente ya derogadas, como el famoso Real Decreto de 7 de mayo de 1924; y por ello, cuando hace muchos años escribíamos algunos pequeños comentarios al entonces nuevo Reglamento de 1915 (1), decíamos: «Del título XI apartamos los ojos con horror, porque es un tratado completo de

(1) *Gaceta de Registradores y Notarios*, núm. 2.756, correspondiente al 3 de septiembre de 1915.

Derecho penal contra los pobres Registradores... No falta más que el tormento, y no nos atrevemos a decir que no se aplique en alguno de los artículos sucesivos.»

No nos duele la dicha ajena. Ya lo dijimos en ocasión oportuna y en esta misma REVISTA (1), y por ello aplaudimos sin reservas las disposiciones citadas del Reglamento Notarial. Sólo sentimos el deseo muy humano de ser tratados en forma análoga, porque, además, todas esas truculentas disposiciones sancionatorias de nuestro Reglamento están, afortunadamente, más en el papel que en la realidad.

Vamos a ocuparnos ahora de cuanto hace relación a la responsabilidad civil de los Registradores, cuya base está en el artículo 296 de la Ley actual, copia exacta del artículo 313 de la anterior.

De los cinco casos que señala, cuatro atañen a posibles perjuicios que se ocasionen con relación a asientos practicados o dejados de practicar en los libros del Registro; el último afecta a los errores u omisiones contenidos en las certificaciones que los Registradores expidan.

El primero de los números de ese artículo dice textualmente: «Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente, en el término señalado en la Ley, los títulos que se presenten al Registro.»

Pues bien: aquí hay un lapsus que viene repitiéndose desde la Ley primitiva, a pesar de que autores de tanto relieve como Galindo y Escosura (2) y Barrachina ya lo hicieron notar. Es ello que los plazos a que el párrafo hace referencia, y que también repite el 5.º en cuanto a las certificaciones, no están determinados en la Ley, sino en el Reglamento, en los artículos 272 y siguientes, respecto al asiento de presentación, y en el 76 respecto de las inscripciones en el Reglamento anterior, y en los artículos 361 y 416 en cuanto a la presentación y 97 en cuanto a la inscripción en el Reglamento actual, Morèll (3) señala este mismo defecto, al que encuentra disculpa, sin embargo, por entender que la palabra *ley* se emplea como sinónimo de disposición o precepto obligatorio.

De todos modos, nada se hubiera perdido con sustituir en la

(1) Véase el núm. 4, correspondiente a abril de 1925.

(2) *Legislación Hipotecaria*, tomo VI, pág. 280.

(3) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo V, pág. 254.

actual esa palabra por la de *reglamento*, aunque la mayor amplitud del tiempo de vigencia del asiento de presentación hará más difícil ahora la incursión en tal falta; con los treinta días del plazo anterior era realmente difícil despachar los documentos de centenares de fincas, frecuentes en las regiones españolas en las que la propiedad está muy dividida.

A pesar de que los cinco apartados del artículo 296 están redactados en forma de gran amplitud, es evidente que la práctica y la jurisprudencia han encontrado diversos casos de responsabilidad civil difícilmente comprensibles dentro de aquéllos. Sin entrar en el amplio análisis de esta cuestión que los tres autores mencionados hacen, y en general todos los tratadistas hemos de indicar que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de la Dirección general de los Registros han señalado casos especiales de responsabilidad no previstos especialmente en los apartados del repetido artículo 296, pero la práctica ha señalado otros muchos más que por no haber llevado a controversia o por haberse resuelto ésta particularmente, no han repercutido en la esfera jurisprudencial. Galindo y Escosura (1) exponen: «Pero como no dice que sólo es responsable el Registrador de lo que allí señala, y como la Ley determina que en otros responde también, y en la práctica vemos que se le exige la responsabilidad por faltas que ni la Ley indica ni el artículo comprende, hemos de convenir en que las expresadas en el artículo 313 no son las únicas.» Morell, Barrachina y otros varios autores comparten este criterio.

Una Resolución de 18 de mayo de 1877 señaló como casos de responsabilidad civil la práctica en números diferentes de tres anotaciones de suspensión con relación a las mismas fincas. La sentencia de 26 de enero de 1887 decide que es caso de responsabilidad el inscribir una escritura de hipoteca constituida por quien no es dueño, según el Registro, de la finca hipotecada. La Resolución de 7 de diciembre de 1875 declara caso de responsabilidad el haber inscrito un documento que no debiera inscribirse, y esta falta—dicen Galindo y Escosura—no se encuentra comprendida en ninguno de los cinco números del artículo 313, 296 de la Ley actual.

Este caso de inscribir lo no inscribible es el más típico de res-

(1) Obra citada, tomo IV, pág. 292.

ponsabilidad civil, pues contra la negativa a ello, cabe perfectamente el recurso gubernativo, que en tal caso estimamos previo a la petición de responsabilidad. No hace muchos años se dió este caso de petición de responsabilidad como consecuencia de actos de un Registrador contra los cuales cabía recurrir al Centro directivo, y nosotros, en el cargo que entonces ostentábamos, apoyamos el criterio de aquel funcionario, tratando de recabar, sin conseguirlo, una disposición que lo confirmara. Esta es también la opinión de Galindo y Escosura. Otra sentencia de 14 de junio de 1892 declara que incurre en responsabilidad el Registrador que a pretexto de rectificar anteriores inscripciones, adiciona a la finca registrada un gravamen.

Pero hay mayores posibilidades. Si el Registrador no presenta en el Diario el documento en el acto de serle solicitado, incurre en responsabilidad (núm. 1.º del artículo 296); pero si cierra el Registro o el Diario antes de la hora señalada y el portador de un documento que por cualquier causa tiene plazo fijo de presentación no puede presentarle, ¿no incurre también en responsabilidad civil y disciplinaria? Evidentemente, pues ese caso no está comprendido en el primero ni en ninguno de los otros párrafos de dicho artículo 296. Morell (1) señala otros casos: negarse a inscribir o a anotar sin expresar debidamente los motivos en que el Registrador se funda, o practicar ligeramente la busca, dando como subsistente un asiento cancelado o extinguido.

Y porque no queremos insistir más en un punto a nuestro entender muy evidente, vamos a indicar dos casos especiales de posible responsabilidad que conocimos; el primero, no muy raro, pero sí el segundo:

La inscripción de una finca termina en el último renglón de la vuelta de un folio; el siguiente corresponde a finca distinta. Con relación a aquélla se presentan documentos que producen otros asientos que hay que extender en otros folios de libro distinto, aprovechando hojas sobrantes de una finca muerta; pero se olvidan de poner en la finca primitiva el pase al nuevo folio. Se pide para un pleito certificación de dominio y cargas, dando como datos los del arranque de la finca; el Registrador certifica considerando como vigente la inscripción en que debió constar el pase, sin tener

(1) Obra y tomo citados, pág. 253.

en cuenta, claro está, todas las inscripciones sucesivas. Responsabilidad evidente para el Registrador que omitió el pase; responsabilidad que no creemos alcanzara al que extendió la certificación. No fué preciso exigirla, porque este asunto se solucionó satisfactoriamente, como generalmente sucede cuando no hay mala fe.

El otro caso, en que tampoco hubo mala fe, es mucho menos frecuente que el anterior. Se pide certificación de asiento vigente de dominio con relación a una finca urbana que se va a vender; la finca en el Registro tenía muchas inscripciones, porque desde su arranque se había ido transmitiendo por cuartas partes separadamente. Al hacer el examen de ellas se encuentran con la sorpresa de estar vigentes inscripciones que representan cinco cuartas partes del total de la finca, y como esto no era posible, el Registrador examina una a una las treinta y tantas inscripciones de aquélla y descubre la causa del evidente error; era él que, con relación a una de las cuartas partes indivisas, A transmite a B y B transmite a C; pero en lugar de inscribir en este orden lógico y natural los dos títulos que habían sido presentados al mismo tiempo, se inscribieron en orden inverso, es decir, primero el de transmisión de B a C y después el de A a B. De ello resultó que como la inscripción a favor de B no estaba cancelada por ninguna posterior, quedó vigente, y también la de C por igual causa, arrastrando de ella todas las transmisiones posteriores.

El Registrador, en la imposibilidad de rectificar esas certificaciones muy antiguas, y sin tener ni él ni los interesados los documentos que las motivaron, de acuerdo con aquéllos y saliéndose además del tipo corriente de certificaciones, al final de la que expidió hizo constar que la anomalía de que en una finca tuviera vigentes inscripciones que representaran cinco cuartas partes del total se debía, a su juicio, a la inversión del orden en que aquellos títulos se debieron de registrar; con ello se dió por satisfecha la entidad compradora, que era la Compañía Telefónica, quien adquiría el inmueble para construir, como construyó, su Central en aquella provincia.

A pesar del hermetismo del artículo 296 de la Ley, ella misma hace mención especial de un caso de responsabilidad, que no sabemos por qué considera distinto de cualquier otro; nos referimos al artículo 300, copia exacta del 317 de la Ley anterior. ¿Qué diferen-

cia encontró el legislador entre el perjuicio ocasionado por la pérdida de un derecho real o de una hipoteca y el que se ocasione por una cancelación o una inscripción indebidamente extendida, u otro perjuicio cualquiera que el funcionario pueda ocasionar? Lo ignoramos; los legisladores de 1861 daban la mayor importancia a cuanto hiciera relación a derechos reales en general y a la hipoteca en particular, aun sobre lo que afectara especialmente a la posesión y al dominio de los inmuebles, y ésta será, seguramente, la razón de ese artículo, razón de entonces, que ahora es difícil mantener. Por otra parte, lo de que «el Registrador a su elección le proporcione una hipoteca igual a la perdida o deposite desde luego la cantidad asegurada para responder en su día de dicha obligación» parece un poco pueril; una hipoteca no es un cacharro roto, que se le sustituye, o un ejemplar perdido de un libro, que se reemplaza por otro. Con obligar en ese caso al causante del perjuicio a depositar el importe de la obligación asegurada, de no convenir con el perjudicado cualquier otra forma de reparación, no podía exigirsele más.

Este deseo de encerrar las cosas en marcos precisos y previamente detallados es inadecuado para la amplitud de formas y manifestaciones que los perjuicios pueden revestir y que su solución entre el causante y el perjudicado puede adoptar. Tal deseo hace redactar artículos como el 297, que son perfectamente innecesarios; es tan natural y lógico lo que éste dice, que Galindo y Escosura, al comentar el 314 de la Ley anterior, de la que aquél es copia, expone (1): «Estando prevenido por la Ley que el Registrador ha de inscribir por lo que resulte del documento que se presenta, es punto menos que inútil declarar que no son imputables al Registrador los errores, inexactitudes y omisiones que tengan su origen en algún defecto del título.»

Todas las disposiciones de estos artículos 296, 297, 300 y 301 pudieran refundirse en otra u otras de carácter general y amplio, en las que se sentara el principio fundamental de que los Registradores son responsables civilmente por los perjuicios que en virtud de acciones u omisiones en el ejercicio de su cargo, producidas por error, negligencia o ignorancia inexcusable, ocasionen a un tercero. Debería añadirse que cuando se trate de actos realizados por el Registrador, contra los cuales quepa el recurso gubernativo, deberá

(1) Obra citada, tomo IV, pág. 297.

interponerse previamente éste y esperar sus resultados antes de acudir al procedimiento civil, y también que, independientemente de tal procedimiento, el funcionario causante del perjuicio quedará sometido a la sanción disciplinaria correspondiente, si el hecho diera lugar a ella.

Estimamos asimismo que debiera expresarse que los perjuicios de índole civil causados por los Registradores, que no constituyeran delito, podrían liquidarse particularmente entre aquéllos y los perjudicados o acudiendo éstos a los Tribunales de Justicia en el juicio correspondiente. En tales juicios y como diligencia para mejor proveer, podría el Juez o Tribunal reclamar informes del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España.

No necesita explicación este enunciado; los informes de los Centros oficiales técnicos ante los Juzgados y Tribunales son muy frecuentes, y en este caso particular, el prestigio de nuestro Ilustre Colegio llevaría al Juzgado una impresión de competencia y de serenidad, frente al natural apasionamiento de los litigantes.

Los demás artículos del título de que nos ocupamos, hay algunos que estimamos necesitados, no ya de reforma, sino de absoluta supresión; son ellos los números 304 al 306 y 308, copia de los números 323 al 325 y 327 de la Ley anterior.

La nueva Ley parece que había abandonado el sistema de que el Estado se constituyera en gestor de negocios ajenos; a esa idea ha obedecido seguramente la supresión del artículo 7.º de la Ley anterior, cuyo contenido era para Roca Sastre «oficiosidad desorbitada», y para La Rica (1) «sólo aplausos merece la desaparición de un texto caído en desuso antes de ser usado».

Pues bien; si en el caso de ese artículo, la Ley se ha desentendido de velar por los derechos de quienes no quieren o se olvidan de usarlos, ¿por qué mantiene aún ese sistema en los artículos a que hemos hecho referencia? Si una persona tiene perjuicios que reclamar contra un Registrador, no debe esperar a que otra lo reclame también para entablar entonces su demanda; es decir, no debe esperar a que otro le saque las castañas del fuego, con perjuicio de este actor, puesto que ha de prorratear con él, en caso preciso, los bienes del funcionario responsable. En general, el que

(1) *Comentarios a la Ley de Reforma hipotecaria*, pág. 21.

tiene un derecho que hacer efectivo, no es lógico que aguarde a que surja otro que lo haga también, y, en todo caso, la Ley no debe convertirse en tutora de perezosos u olvidadizos; esos artículos deberían desaparecer totalmente, como con mucha razón desapareció el séptimo de la Ley anterior.

El artículo 307, copia del 326 de la Ley antigua, salvo en atribuir aquél a la Dirección General lo que éste concedía a los Presidentes de las Audiencias Territoriales, necesita una importante modificación. Es un artículo redactado contra el funcionario que se equivocó o cometió un error, sin consideración de ninguna especie, y con dureza tal, que por sostenerla ni siquiera se atiende a la conveniencia del tercero perjudicado. Tiene el artículo dos partes: una, que ordena la suspensión del Registrador, condenado por ejecutoria a la indemnización de daños y perjuicios, si en el término de diez días no completare o repusiere su fianza; otra, condenándole a idéntica sanción si en el mismo plazo no asegurase a los reclamantes las resultas de los respectivos juicios. La suspensión de los Registradores por esta clase de faltas es cosa que merecía la pena de mirarse algo menos ligeramente que lo que ese artículo lo hace, y no sólo por la falta de consideración y el enorme perjuicio que en sus intereses y en su fama supone para el funcionario sancionado, sino porque si lo que se trata principalmente es de que el perjudicado cobre el importe del daño o perjuicio que se le ocasionó, el peor camino para ello es suspender al Registrador. Mientras esté en activo, una retención razonable sobre sus honorarios permitirá que él viva y que el acreedor cobre, aunque sea poco a poco; la suspensión deja iguales a los dos: al uno, sin medios de vida; al otro, sin los de resarcirse del perjuicio sufrido.

Además, si sólo se trata de reponer o completar la fianza, ¿por qué no se autoriza a hacerlo por el medio que concede el párrafo segundo del artículo 282 de la propia Ley, esto es, depositando la cuarta parte de los honorarios que el Registrador devengue? ¿Es que puede esta solución darse por supuesta? Es posible, pero sería mejor que expresamente se dijera; todo ello sin contar con lo angustioso del plazo de diez días del artículo 307.

Esta parte, tanto de la Ley como del Reglamento, afortunadamente de poca aplicación en la práctica, es, seguramente por ello, la menos atendida y la más necesitada de revisión. ¿Cuándo podrá

hacerse ésta? ;Quién lo sabe! Recientes aún las últimas reformas legal y reglamentaria y en el primer período de examen y crítica de su contenido, pasará mucho tiempo hasta que ese estudio, el de las enseñanzas de la jurisprudencia y las de la propia práctica, condensen y fijen bastante la materia que pueda ser objeto de una reforma posterior.

La gestación de la labor legislativa y reglamentaria que haya de recoger todos estos materiales, en virtud de aquel principio que aprendimos en la Cátedra de Derecho administrativo, de que «lo presente, como producto de lo pasado, engendra a su vez lo porvenir», ha de ser forzosamente lenta. No siempre los que por la mejora de las instituciones laboran alcanzan a ver coronado su esfuerzo; una nueva reforma de las que constituyeron la base de nuestra carrera y a las que durante muchos años dedicamos nuestro entusiasmo y nuestra actividad, aunque para ellas nunca llegará tarde, los que estamos en el ocaso de la vida no las veremos ya.

JULIÁN ABEJÓN.

Justicia y Derecho

Las ideas de Justicia y Derecho parecen a primera vista sencillas, porque indudablemente todos tenemos una representación mental de su significado que nos parece clara; sin embargo, si pretendemos explicarlas o dar su definición viene el apuro, ya por lo difícil que es dar una buena definición, ya porque dichas ideas tienen distintas acepciones y matices (1).

Así, el P. Catrheín dice que la idea del Derecho es inseparable de la de Justicia, de modo que para él es Derecho todo lo que consideramos justo en la convivencia social; el P. Suárez dice que Derecho es lo recto, según la razón natural; Del Vecchio dice que la Justicia es el deber ser jurídico, o sea la forma lógica del Derecho y una de las definiciones que de la justicia da Aristóteles es que es aquello que entre dos supuestos pone igualdad.

En su cuestión LVII, art. I-3, dice Santo Tomás que lo propio de la Justicia es ordenar al hombre en las cosas relativas a otro. Implica cierta igualdad. En el lenguaje vulgar se dice que las cosas que se igualan se ajustan, y en la misma cuestión dice que el Derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad.

Para Domingo de Soto y también para Santo Tomás, el Derecho es objeto de la Justicia, puesto que ésta consiste en dar a cada uno su derecho.

De modo que, como dice Del Vecchio, estos conceptos aparecen a veces confundidos, pero entre ellos incluso puede haber antítesis, y así hablamos a veces de Derecho injusto.

¿Cuál es la causa de la confusión? Viene principalmente de que la palabra justicia se toma en dos sentidos: uno como lo recto, lo equitativo, y otro como virtud de dar a cada uno lo suyo o su derecho, según la clásica definición de Ulpiano, aceptada por los escolásticos.

Así como la palabra derecho tiene también dos acepciones: lo recto, lo normativo, la mandado, según Suárez, y otra que significa lo que

(1) Recaséns Siches dice que todo el problema de la filosofía del Derecho es dar el concepto del mismo.

podemos exigir de los demás; el primer sentido es objetivo y el segundo subjetivo.

En las primeras acepciones, o sea las objetivas, aunque derecho y justicia parecen lo mismo, se aprecia entre sus conceptos diferencia de matiz, pues en derecho prevalece la idea normativa y en justicia la de proporción; la igualdad de proporción a que se refiere Santo Tomás.

Estudiemos ahora separadamente los dos conceptos de Justicia y Derecho, empezando por el primero.

Justicia.—Ya quedan dadas varias definiciones de la justicia como concepto supremo de rectitud de los actos humanos, a las que podemos añadir la de Luño, que dice es la conformidad de los actos humanos con el orden jurídico, y otra de Aristóteles, que dice es la adecuación de los actos humanos a la ley natural.

Examinándola en su acepción más corriente como voluntad de dar a cada uno su derecho o lo suyo, podemos preguntar: ¿Qué es lo suyo? ¿Cuál es su derecho? Santo Tomás contesta: llámase suyo (de cada persona) lo que se le debe, según igualdad de proporción. El objeto de la justicia es lo justo, y esto es el derecho. El derecho es objeto de la justicia.

Como a cada uno hay que dar su derecho y el derecho ha de ser justo, parece observarse aquí cierta petición de principio; por eso, en el apartado que sigue examinaremos, de acuerdo con la idea de pertenencia, este problema.

Pío XI, en *Divini Redemptoris*, dijo que lo suyo es lo que cada uno necesite para cubrir decorosamente sus necesidades, desarrollar sus facultades y cumplir las funciones que se le asignen.

Para determinar el derecho o lo suyo de cada uno, hay que partir de que el hombre, por el hecho de nacer, tiene derecho a vivir y desenvolverse sus facultades, y por el hecho de tener un alma que salvar tiene derecho a que no se le obstaculice el uso de los medios para ello.

Ahora bien; para que el hombre tenga los medios materiales de vivir y desenvolverse materialmente, Dios puso a disposición de la Humanidad, la tierra con cuanto contiene, de la que mediante su trabajo logrará obtener lo que necesite. Dios no ha asignado concretamente a cada persona bienes determinados; sin embargo, nadie puede usar sin apropiárselos los bienes que se consumen con el uso y tampoco puede conseguirse sin apropiación previa, la máxima productividad o la buena conservación de muchos bienes de producción.

El séptimo y décimo mandamientos de la ley de Dios, implican que siempre habrá algunos bienes de propiedad particular y privada. ¿Cuáles? Es función de la legislación determinarlos del modo más conforme a la propia naturaleza humana y a las exigencias del bien común y teniendo en cuenta que el orden social exige respeto a las situaciones legítimamente adquiridas.

Pero, ¿en qué consiste el bien común? Pío XI, en *Divini Illius Magistri*, dice: El bien común de orden temporal, consiste en la paz y seguridad de que las familias y cada uno de los individuos puedan gozar en el ejercicio de sus derechos y a la vez en el mayor bienestar espiritual y material que sea posible en la vida presente mediante la unión y coordinación de la actividad de todos.

Derecho.—Para dar una idea general y comprensiva de lo que en el orden de las ramas del saber es el derecho, sin descender a sus clases y sentidos en que la palabra se toma, podemos seguir al P. Suárez en su tratado *De Legibus*. Dice que la palabra Jus (derecho), unos la derivan del verbo Jubendo (mandar), y así significaría mandato, y es curioso observar que con este significado coincide el concepto que del derecho de la escuela sudoccidental alemana moderna (Radbruch), que lo define como la regulación normativa de la vida social.

Otros derivan la palabra Jus de justicia, y así, derecho es lo justo. Y también podemos observar la coincidencia entre esta idea y una moderna fundada en la teoría filosófica de los valores (Recaséns Siches), que dice que derecho es el valor que justifica una parte de nuestros actos: los que afectan a la convivencia con nuestros semejantes.

Entrando ya en las divisiones del derecho, vemos que estos mandatos provienen de leyes o costumbres a que el Estado da validez y otras de dictámenes que nuestra razón considera consustanciales con nuestra humana naturaleza. A lo primero, llamamos derecho positivo, y a lo segundo, natural.

Empezaremos a considerar el derecho natural, que es el que se discute, pues el positivo todos lo admiten. Partiendo de la existencia de Dios, la escolástica ha formulado una doctrina neta y clara del derecho natural: Dios creador del mundo le dió su ley; es la ley eterna; al hombre en sus actos superiores le dió albedrío, pero imprimió en su razón lo que le era lícito y lo que no debía hacer, esta es su ley moral que en cuanto se refiere a la convivencia social se llama derecho natural.

Nadie discutió esta doctrina hasta que, como secuela de la revoluc-

ción religiosa de la edad moderna, se quisieron explicar las cosas sin Dios, y entonces surgió la teoría de que así como había leyes físicas también hay una ley natural de la convivencia humana, exigida por la propia naturaleza, que se descubre por la razón. La escuela histórica prescinde del derecho natural y funda el derecho en la conciencia del pueblo. Se va negando contenido inmutable al derecho natural después, y así dice Stammler que es una idea formal de contenido variable, y para Dorado Montero el derecho natural es el ideal de lo que debe ser norma de conducta, según la razón y la conciencia individual; por tanto, varía en cada individuo.

Por último, la escuela positivista niega el derecho natural; pues no reconoce más derecho que el que impone el poder coactivo del Estado. Hay que reconocer que si negamos a Dios, ¿quién puede imponer leyes a los actos libres del hombre que no sean los propios hombres? En efecto, los actos que son objeto del derecho no son los fisiológicos, que son instintivos y necesarios, sino los actos humanos, que son, por tanto, producto de su liberada voluntad, y éstos, si no hay Dios, no hay quien pueda regularlos más que el propio hombre.

Sin embargo, nadie puede negar que históricamente se han dado y se dan leyes formalmente impecables, pero de contenido injusto. Hay, pues, derecho injusto, y si lo vemos injusto no puede ser por otra cosa que porque lo cotejamos con otro orden jurídico superior, y este orden no puede venir de costumbres, porque éstas exigen repetición de actos, y entonces los primeros actos no tendrían normas superiores. Estas normas superiores vienen a ser como leyes, puesto que se imponen a nuestra razón; pero como toda ley supone legislador y éste vemos no puede ser el hombre, habrá de ser superior al hombre, o sea DIOS: el cual, viendo que su ley se oscurecía en la conciencia humana, la promulgó solemnemente en el Sinaí y la ratificó y aclaró por medio de Jesucristo.

Tenemos, pues, que sin Dios carece de base el derecho natural, y sin derecho natural no hay posibilidad de apreciar la justicia o la injusticia del derecho positivo, dado por el legislador legítimo, con arreglo a las normas formales vigentes.

Hay quien dice que el derecho natural no es derecho porque le falta la coacción. El P. Carthein dice que esto no importa, porque la coacción no es esencial al derecho, pero pienso yo que lejos de faltarle la coacción, la tiene y terrible. Piénsese si no en el purgatorio y el infierno. Ya dijo San Pablo que los gentiles que no conocen la ley de Dios y de

Cristo, serán juzgados con arreglo a la que Dios puso en sus corazones, como se lo atestigua su propia conciencia y las distintas reflexiones que allá en su interior, ya les acusan, ya les defienden. (Romanos, capítulo II, vers. XIV a XVI.)

También se divide el derecho en objetivo y subjetivo, siendo el primero el conjunto de normas obligatorias y el segundo la facultad de la persona humana de exigir de los demás actos determinados o que la respeten el disfrute exclusivo de ciertos bienes.

Hay quienes, como Duguit, niegan la existencia de derechos subjetivos, fundándose en que no siendo ningún hombre por naturaleza superior a los demás, no puede tener poder sobre los otros. Los legisladores de la revolución francesa confeccionaron una tabla de derechos del hombre que estaban sobre el poder del Estado; esto es, de la suma de voluntades de los ciudadanos, y ¿quiénes eran ellos para que su dictamen tuviese más valor que el de legisladores venideros?

Lo que sucede es que el derecho subjetivo tiene que derivarse del objetivo, y sólo en virtud de preceptos obligatorios podemos exigir algo de los demás, y si es verdad que el hombre tiene derechos que ni el Estado puede vulnerar, los tiene en virtud de la ley natural que se funda nada menos que en Dios.

El derecho subjetivo es tan procedente del objetivo como el deber, pues no se puede dar derecho en uno sin correlativo deber en otro u otros, aunque sea como en los derechos reales el mero deber de respetar la actuación del titular.

En cuanto a la distinción del derecho en público y privado que algunos niegan, no puede menos de reconocerse que unas veces se dictan las normas jurídicas para organizar el Estado, regular su actuación, sostener el orden jurídico por medio de disposiciones procesales y penales, y otras las normas se ocupan de los actos en que los individuos actúan como tales, persiguiendo sus propios fines particulares, ya espirituales, ya familiares, ya económicos. En este último aspecto el derecho es privado y en el primero es público.

Lo que sucede es que hoy se distinguen menos ambos derechos, porque en el derecho privado se da actualmente preponderancia al aspecto social también.

GREGORIO TREVIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Fín de una controversia

Nos es forzoso dar por terminada la que venimos manteniendo con el distinguido escritor y abogado del Estado Sr. Rodríguez Villamil. Y no es por cansancio de nuestra parte, que siempre es agradable contender con quien por cima de su argumentación coloca siempre la máxima consideración para el contrincante; pero no queremos, repitiendo lo ya expuesto, agotar el crédito de paciencia concedido por esta revista y sus lectores.

Evacuado por nuestro contradictor lo que llama "trámite de dúplica", séanos permitido a nosotros formular el "escrito de conclusión" con la protesta de que ha de ser tan breve que sólo se reducirá a señalar los puntos de coincidencia final y el único en que el desacuerdo sigue en pie.

El ilustre escritor citado sostuvo (1) con enérgico e inflexible carácter de generalidad, que siempre que en una testamentaria se deducen deudas, se produce un acto de liquidación independientemente de que éstas sean o no deducibles reglamentariamente; que si la deuda tiene el carácter de deducible, hace que la base liquidable por el concepto de herencia se reduzca en la misma cuantía que la deuda represente, y que si no es deducible su importe sigue formando parte de la herencia y de la base o bases de las liquidaciones a que ésta dé lugar, sin perjuicio de que, además, *en ambos supuestos*, se giren sobre la base del mismo importe de la deuda una liquidación en pago o para pago. En pago, cuando se hace adjudicación expresa con tal fin, y para pago, cuando la adjudicación se hace con tal objeto *y también cuando nada se diga*, ya que entonces nace necesariamente el *acto deducido de adjudicación para pago*.

(1) Véase REVISTA CRÍTICA, núm. 224, de 1947, pág. 52.

Refutando esta tesis y manteniendo nuestros puntos de vista presentamos, partiendo siempre de supuesto de herencia y de deudas no deducibles fiscalmente (1) estos dos supuestos:

Primero: Que los herederos se limiten a alegar la existencia de esas deudas no deducibles sin hacer adjudicación especial de bienes para su pago. Supuesto éste, según allí indicamos, muy frecuente en las liquidaciones provisionales de herencia.

En este caso, los interesados persiguen el fin de obtener una ventaja o rebaja en el impuesto si el Liquidador estima en definitiva que procede la deducción de las deudas por ellos alegadas, y esto, a nuestro juicio, era fácil de comprender, aunque no acertó nuestro contrincante a entenderlo, según manifiesta.

Si el Liquidador en este caso rechaza la deducción de deudas del importe de la herencia, se liquidará a los herederos por la parte que a cada uno corresponda en aquélla, sin deducción alguna por deudas; pero entendimos que no procedía exigir el impuesto por la adjudicación para pago de deudas. Así lo reconoce ahora el Sr. Rodríguez Villamil, con lo que implícitamente rectifica su anterior afirmación.

Segundo: Las repetidas deudas las deducen los herederos del importe de la herencia, y además adjudican bienes para su pago, bien al único heredero que exista, o bien, en el caso de ser varios, a todos ellos conjuntamente. También en este supuesto viene ahora nuestro colega a coincidir con lo mantenido por nosotros al reconocer que no procede aquí tampoco exigir el impuesto por la adjudicación para pago, ya que de otro modo se produciría una verdadera duplicación de pago.

El único punto en que la discrepancia subsiste es en el relativo al supuesto de que deducidas de una herencia las repetidas deudas, no deducibles fiscalmente, se adjudiquen a uno de los varios herederos bienes en comisión o encargo para el pago de las mismas. El repetido autor vuelve a presentar el supuesto, muy adecuado para simplificar los términos de la cuestión que se discute, de una herencia de 200.000 pesetas en cuantía, que ha de distribuirse por iguales partes entre los dos únicos herederos llamados a la misma. Deducen éstos de aquélla por razón de deudas, que, como decimos, no son reglamentariamente deducibles, 50.000 pesetas, y queda por tanto reducida la herencia a

(1) Véase REVISTA CRÍTICA núm. 226, de 1947, pág. 163.

150.000 pesetas, de las que corresponden a cada heredero 75.000. En pago de este concepto, el de herencia, se adjudican a cada uno bienes que cubren su respectivo haber, y además a uno solo de los herederos se hace otra adjudicación de bienes con destino o en comisión para el pago por el adjudicatario de las repetidas 50.000 pesetas, representativas de las deudas.

El aludido e ilustre autor desarrolla su teoría en estos términos:

Cada heredero, al no ser admitida la deducción de las deudas, adquiere por *ministerio de la Ley* 100.000 pesetas, y es inconcuso que sobre esa cifra, por el concepto de herencia, han de girarse sendas liquidaciones; y al mismo tiempo es una realidad jurídica que *por acuerdo* y conveniencia de ambos uno de ellos recibe 25.000 pesetas más, por las que necesariamente tiene que tributar en el concepto en que las adquiere, que no es el de heredero, sino el de adjudicatario para pago. Cada uno de ellos, añade, tiene que tributar por lo que adquiere por ministerio de la ley, aparte de todo convenio entre ellos, y por consiguiente, si uno de ellos consiente en desprenderse de una parte de lo que la ley le asigna, lo hará disponiendo de lo suyo, y el coheredero lo adquirirá *no ya del causante, sino en virtud del convenio*, y por ello a más del impuesto en la herencia hay que exigir el que engendra *esa nueva convención*.

Es fácil observar que con estos razonamientos nuestro competente colega, con esa rara agilidad que caracteriza sus escritos, persigue el difícil empeño de demostrar todo esto: de un lado, que en el supuesto estudiado, los bienes que integran la hijuela de adjudicación para pago de deudas son objeto de dos transmisiones simultáneas, a saber: la una, fulminante y *ministerio legis*, que se opera en cuanto a la totalidad de dichos bienes, del causante a los herederos, y la otra, ya sólo en cuanto a una mitad de los repetidos bienes, la que a virtud de esa nueva convención, como le llama, se supone hecha o se efectúa de uno a otro de los herederos. Y de otra parte, como consecuencia de lo anterior, viene a admitir que en la partición de herencia de nuestro caso existen dos negocios jurídicos, perfectamente discriminados, o sean el de la transmisión hereditaria y el de la transmisión que lleva en sí la adjudicación para pago.

No vamos a insistir en lo que ya expusimos en su tiempo de que la jurisprudencia civil considera como el mismo acto particional la adjudicación para pago, ni tampoco que la repetida adjudicación ni es

acto de verdadera transmisión (1) ni es acto sujeto al impuesto, si en definitiva el adjudicatario justifica, dentro del correspondiente plazo, haber pagado a los respectivos acreedores. Sólo ante las nuevas alegaciones que de contrario se hacen, vamos a añadir algo más en cuanto al aspecto fiscal de la cuestión. El Sr. Rodríguez Villamil, ahora, para reforzar y confirmar, según dice, sus alegatos, cita como fundamento legal el párrafo 9.º del artículo 9.º del Reglamento del impuesto; pero es fácil observar que éste se refiere sólo a los excesos de adjudicación en las herencias.

Es cierto que antes, en el Reglamento de 1911, dichos excesos estaban fiscalmente equiparados a las adjudicaciones para pago, en las herencias, pero a partir del Reglamento de 1927 se consideran conceptos distintos, como corresponde a su diferente naturaleza. Por ello, el que aquéllos estén sometidos a doble tributación será una excepción al principio o regla general del artículo 43 del vigente Reglamento. ¿Pero es que por ello se ha de exigir la tributación por partida doble en las adjudicaciones para pago? No hay precepto que así lo autorice; antes, al contrario, tenemos el de la regla 13 del artículo 101 del mismo Reglamento, de la que se desprende, a *contrario sensu*, que cuando en las herencias es improcedente la deducción de deudas no debe girarse liquidación alguna por el concepto de adjudicación para pago.

La polémica mantenida no es, como también se califica de contrario, un litigio académico, ni tampoco entraña una discusión bizantina. En ella se ha estudiado una materia importante y de gran frecuencia en la aplicación de la legislación del impuesto de Derechos Reales, como es la "adjudicación en comisión para pago de deudas", que en todos sus aspectos jurídicos ofrece siempre el raro fenómeno de ser cuestión añeja y al mismo tiempo de palpitante actualidad.

J. RUIZ ARTACHO

Registrador de la Propiedad.

(1) Silván: *Legislación del Impuesto de Derechos Reales*, pág. 55.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1947.—*Retracto de colindantes.*

Según declara la Sala sentenciadora, por las pruebas documental y testifical y muy especialmente por la de reconocimiento judicial apreciadas en conjunto resulta demostrada: a) que entre la finca rústica propiedad de la demandada y la que se trata de retraer existe una acequia de riego y desagüe, por la que riegan las fincas colindantes con la misma y si bien fué cegada, en el trozo del linde de la finca de dicha demandada con la que es objeto del retracto, al adquirir ésta la demandada, ello no significa que dicha servidumbre haya dejado de existir y menos que no existiera de hecho y de derecho en el momento de tal adquisición; b) que paralela a la acequia antes indicada existe entre la finca de la demandada y la que se retrae una senda, que continuando después entre otras fincas, sirve de paso a los propietarios de todas ellas, tanto para el servicio de los regantes como para las demás necesidades del cultivo.

No pueden estimarse infringidos por aplicación indebida, el párrafo segundo del artículo 1.523 del Código civil y la doctrina legal de las sentencias citadas por la recurrente, en el propio primer motivo del recurso, porque declarado por la Sala que entre la finca de la recurrente y la que es objeto del retracto existen una acequia y una senda, constitutivas de servidumbre, la sentencia aplica rectamente el precepto y la jurisprudencia que se citan como infringidas, según los cuales el derecho de retracto no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres, aparentes, en provecho de otras fincas, debiendo por lo tanto desestimarse también por este concepto el primer motivo del recurso.

Aunque el artículo 1.523 del Código civil, en su párrafo tercero, establece que si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo, será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida y aunque la sentencia reconoce que la finca de la demandada y recurrente es de menor cabida que la del actor, la aplicación de dicho texto legal exige que los dos retrayentes tengan derecho al retracto, pero cuando tal derecho no existe en alguno de ellos, por la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el párrafo segundo del citado artículo, como sucede en

el presente caso, en que entre la finca de la recurrente y la que se trata de retraer existen los accidentes aludidos que los separan y que tienen la trascendencia jurídica exigida para impedir el retracto, no procede la aplicación del precepto que se supone infringido y debe desestimarse el segundo motivo del recurso.

SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1947.—*Ofrecimiento de pago y efectos jurídicos.*

Tales argumentos no pueden ser acogidos porque los indicados argumentos se apoyan en la tesis de que el ofrecimiento de pago no seguido de la consignación de lo debido carece de toda eficacia, tesis errónea, pues como han declarado las sentencias de esta Sala de 9 de julio de 1941 y 1 y 5 de junio de 1944—cuya doctrina aplica acertadamente el Tribunal de instancia—si bien la oferta de pago no seguida de consignación no libera de su obligación al deudor, produce el efecto de constituir en mora al acreedor; y afirmado además en el fallo que la resistencia de los recurrentes a hacerse cargo de las cantidades ofrecidas denotaba en ellos el propósito de no cumplir el contrato y retener la finca, es obvio que no impugnadas estas afirmaciones en forma adecuada, forzoso se hace entender que no existen en la sentencia las infracciones legales acusadas en los motivos segundo y tercero del recurso, imponiéndose la desestimación de los mismos.

SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1947.—*Sentido de la cláusula «franco porten» a efectos competenciales.*

Entre los aludidos principios de prueba descuella la nota-pedido presentada por la Sociedad compradora, que coincide en la parte manuscrito con la presentada por el vendedor, pues en ella se hace constar, así como en la del vendedor, que la mercancía contratada habría de remitirse por ferrocarril desde Salamanca a Mérida *franco porte*, lo que equivale a afirmar que viajaría de cuenta y riesgo del vendedor y revela, por tanto, que la entrega de la mercancía se haría en Mérida, dato importantísimo para fijar la competencia discutida.

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1947.—*Precario.*

El concepto romano del precario, contrato por el que una persona concede a otra el uso gratuito de una cosa, con facultad de revocarlo a su arbitrio, no reviste la amplitud del admitido en la doctrina española, pues ésta comprende además bajo aquella denominación las situaciones en que se posee una cosa sin derecho para ello, es decir, siempre que se dé un estado posesorio de puro hecho; que es el supuesto a que alude el artículo 1.565, número 3.º, de la Ley Procesal, y así lo ha establecido la jurisprudencia de esta Sala en múltiples sentencias al declarar que es precarista todo el que utiliza la posesión de un inmueble sin pagar merced y sin título para ello o cuando el invocado sea ineficaz para enervar el dominical que ostente quien ejercita la acción de desahucio.

SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1947.—*Venta de cosa ajena.*

En cuanto a los artículos 1.258, 1.445, 1.450, 1.461 y 1.124 del Código civil, en relación con el 926 de la Ley de Trámites, que se aducen como infringidos en el primer motivo, al 1.090 y al 1.091 citados en el segundo motivo y a los 1.258, 1.445, 1.450 y 1.451 que se invocan como también quebrantados en el motivo quinto, todos bajo el amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender el recurrente que al obligarse D. José Gaspart en el recibo de 10 de junio de 1936 al vender al actor la maquinaria, utensilios y activo de la Casa Serra, Gaspart y Compañía en precio de 140.000 pesetas, de las que recibió en el acto 30.000, haciendo depender la perfección del contrato de la aprobación de los socios, con el aditamento «comprometiéndome en caso de negativa a llevar personalmente a cabo la realización de dicha operación» y al no prestar su consentimiento los socios, según resulta del acta de la reunión celebrada por dicha Sociedad Limitada en 11 de junio siguiente, debió no obstante ser condenado Gaspart al cumplimiento de la obligación de venta de dichos objetos, no existen términos hábiles para apreciar las infracciones de los citados preceptos legales referentes a la eficacia de contratos y obligaciones, y especialmente de las que incumben al vendedor en el contrato de compraventa, porque, sea cual fuere la tesis que se mantenga sobre la eficacia de la venta de cosa ajena, admitida por el Derecho Romano, negada por el Código Napoleónico y admitida por otros Códigos modernos y resulta con vario criterio por la doctrina científica, y, aun admitiendo que no pueda ser aceptada en el sentido de obligar al vendedor a adquirir la cosa ajena vendida para entregarla al comprador, indemnizando en otro caso daños y perjuicios, tal doctrina no podría tener nunca aplicación en el caso presente desde el momento en que el vendedor aparece en el contrato obligándose a vender aun en el caso de que los copropietarios se negaran a la venta, obligación de cumplimiento imposible si se toma en su sentido literal y no se admite la hipótesis de que a lo que se comprometió el vendedor fué a gestionar de sus compañeros de sociedad la prestación del consentimiento para la venta, que fué negado por éstos, y, tanto en uno como en otro caso, sería improcedente la condena pretendida, en el primero por tratarse de una obligación imposible, y en el segundo porque se produjo la negativa, por lo que procede la desestimación de los indicados motivos del recurso.

SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1947.—*Competencia territorial y pago mediante letras de cambio.*

La discrepancia entre los Juzgados contendientes en esta competencia consiste en que el requirente sostiene que si bien la jurisprudencia ha establecido que el giro de letras de cambio no significa sino una facilidad para efectuar el pago, sin trascendencia procesal, esta regla tiene como excepción

el caso en que tal forma de pago haya sido convenida formando parte del contrato, pues entonces hay designación de lugar de cumplimiento de la obligación y es obligado aplicar el párrafo primero del artículo 1.500 del Código civil, mientras que, a juicio del requerido de inhibición, no existiendo en este caso lugar designado por los contratantes para el cumplimiento de la obligación, hay que atender al lugar de entrega de la cosa vendida, en observancia de la regla supletoria contenida en el párrafo segundo del citado artículo.

El supuesto en que el requirente se basa de que se pactó que el pago del precio se hacía por medio de letras de cambio no tiene en autos fundamento suficiente, pues en los contratos de pedido firmados por ambas partes que en dichos autos figura se habla únicamente de «sesenta días fecha», sin que nada se diga de tales letras ni haya indicación alguna sobre el lugar del pago, y únicamente en carta posterior de aceptación de pedido, dirigida al demandado por el representante de la Sociedad demandante se dice: «Por el importe de la factura gozará mi representada a sesenta o noventa días fecha del embarque.»

Apreciado en la sentencia de 29 de septiembre de 1939, aducida en apoyo de la inhibitoria, que el caso de que las letras de cambio, por estar convenido en el contrato este medio de pago, designan el lugar de éste es una excepción a otra norma más general de jurisprudencia que únicamente ve en tales letras una facilidad de pago, es evidente que tal excepción, por serlo, no debe presumirse ni cabe darle una interpretación extensiva derivándola arbitrariamente de una mera concesión de plazo, aparte de que el pacto de girar una letra de cambio no implica determinación de lugar fijo si no se dice que ha de hacerse en el domicilio del librado, como en el caso a que se refiere la mencionada sentencia de 29 de septiembre de 1939, pues la letra puede hacerse efectiva en cualquier lugar donde el librado o un representante suyo se encuentren.

Si se admite que las letras de cambio tienen eficacia para designar el lugar de pago cuando el empleo de ellas está incluido en el contrato, y precisamente por estarlo, es indudable que este extremo ha de ser apreciado con arreglo a las normas interpretativas de los contratos basados en la voluntad e intención de las partes, de lo que se infiere que no se puede establecer sobre esto una regla objetiva, independiente de la voluntad de las partes, porque el giro de letras de cambio que forme parte del contrato será designación de lugar de pago o será sólo facilidad de pago según lo que las partes hayan querido que sea, y nada hay en este caso que pueda hacer creer que la intención de los contratantes hubiera sido, además de señalar el modo de cumplimiento normal del contrato, si tal pacto existiera, la fijación de un lugar para las reclamaciones posteriores cuando el supuesto pacto de girar letras ya se ha cumplido y ha quedado agotado su contenido aunque no haya logrado el resultado apetecido.

A falta de designación de lugar de pago en el contrato, hay que atenerse para fijarlo al lugar de la entrega de la cosa vendida, con arreglo al artículo 1.500 del Código civil, y dado que en este caso la mercancía fué transpor-

tada desde Villagarcía de Arosa a su destino por cuenta y riesgo del comprador, a quien incumbía, según se pactó, soportar el coste de los fletes y el de los seguros marítimos y de guerra, hay que concluir que fué en dicha localidad, perteneciente a la jurisdicción de Cambados, donde la mercancía fué puesta a disposición del comprador y entregada, a los efectos de esta competencia, por lo que procede decidirla a favor del mencionado Juzgado con arreglo a la regla primera del artículo 62 de la Ley procesal y disposiciones citadas.

SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1947.—*Cesión de piso según la nueva ley de Arrendamiento urbano.*

En sintética exposición, son hechos básicos de la sentencia recurrida: 1.º, que el demandado D. Manuel González Regueral ocupó en concepto de inquilino, y en unión de su madre y hermanos, el piso a que se contrae la presente contienda desde noviembre de 1939 hasta el mes de junio de 1941, en que dejó dicho piso, habitándolo desde entonces solamente su madre y hermanos hasta comienzos del verano de 1945, en que se trasladaron a Gijón, donde falleció la madre de los demandados en diciembre del mismo año; 2.º, que desde el verano de 1945 hasta el mes de abril de 1947 estuvo cerrado el piso y la demandada doña Concepción ausente de Madrid; 3.º, que con fecha 10 del mismo mes de abril doña Concepción volvió al piso de autos e hizo saber al portero de la casa que los recibos del alquiler debían ser extendidos a su nombre por ser ella la que habitaba el piso; y 4.º, que ante esta manifestación fué presentada la demanda de este pleito, con fecha 30 del referido mes de abril, para que se declarase resuelto el arrendamiento concertado con D. Manuel y se decretase el lanzamiento de su hermana doña Concepción, actual ocupante del piso.

De estos hechos sólo es objeto de impugnación en el motivo 3.º del recurso por la vía del número 4.º del artículo 169 del texto articulado de la ley de Bases sobre arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, el particular referente a la permanencia habitual de doña Concepción fuera de Madrid desde el verano de 1945 hasta el mes de abril pasado, y pretenden los recurrentes que se estime manifiestamente errónea esta apreciación *de facto* por estar en pugna con el valor probatorio de la hoja blanca de su cartilla de abastecimientos, justificativa, a su juicio, de que doña Concepción vivió en el piso de Madrid desde 1.º de enero de 1945, por lo menos; pero es indudable que la impugnación así articulada no puede prosperar, porque la presunción de residencia que se infiere de la cartilla de abastecimientos cede ante los múltiples medios probatorios que el juzgador de instancia tuvo en cuenta para afirmar el hecho de que la demandada permaneció ausente de Madrid durante el periodo de tiempo antes referido, por lo que el documento invocado no es suficiente para demostrar el denunciado error manifiesto en la apreciación de prueba.

Sorprende el planteamiento del tema de irretroactividad de la nueva Ley, según se articuló en el motivo 1.º del recurso, si se tiene en cuenta

que los propios recurrentes aceptaron expresamente en todo el curso del litigio la aplicación de dicha Ley al caso controvertido y hasta ampararon en el artículo 34 de la misma su fundamental oposición a la demanda, la cual, por otra parte, ha sido formulada y referida de modo inmediato al hecho jurídico de una pretendida subrogación de la demandada cuando ya había entrado en vigor y era de aplicación el nuevo ordenamiento urbano, según su primera disposición transitoria, y sorprende también que si los recurrentes protestan de la aplicación de la nueva Ley no invoquen en su favor norma jurídica alguna de la legislación anterior que ampare su pretensión de mantener viva la relación arrendaticia en provecho de la hermana del inquilino, silencio que en realidad era obligado guardar, pues no había en el Derecho singular antiguo precepto legal que por subrogación no consentida extendiese los efectos del contrato de arrendamiento a personas distintas de los contratantes, salvo el caso—que no es el de autos—de fallecimiento de la arrendataria, en el que, por imperio del artículo 3.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y posteriormente disposiciones complementarias, los beneficios de la prórroga forzosa trascendían a terceras personas, por lo que el tema suscitado en este primer motivo no es viable ni tiene finalidad práctica.

La referencia hecha en la causa tercera del artículo 149 de la Ley al artículo 34 de la misma no significa, como arguye el motivo segundo del recurso, que la resolución del contrato de arrendamiento sólo procede si la cesión de la vivienda contra el consentimiento del arrendador se efectúa en favor de persona no designada en el artículo 34, pues no es dudoso afirmar que la resolución del vínculo arrendaticio se da también si la cesión se realiza en provecho de las personas expresadas en dicho precepto, si juntamente con el vínculo de parentesco no concurren los requisitos de convivencia y de notificación fehaciente que exige la aludida norma.

La infracción de los artículos 36, 37 y 39 de la Ley, según acusa el motivo tercero, se apoya en dos supuestos: el de haber consentido tácitamente el arrendador la cesión de la vivienda a la demandada y el de haber transcurrido más de seis meses desde la ocupación por ella del piso hasta el momento en que ha sido ejercitada la acción resolutoria del contrato de inquilinato, y de estos supuestos extraen los recurrentes la consecuencia jurídica de que la acción utilizada es improcedente y en todo caso habría caducado; pero bien se advierte que la argumentación de este motivo sólo podría ser aceptada si en los autos existiese demostración de los hechos que le sirven de soporte, y como en la sentencia de instancia no se estima probado que el arrendador haya prestado consentimiento expreso ni tácito a la cesión y consta en autos que la acción resolutoria fué entablada dentro del mismo mes en que la demandada exteriorizó sus propósitos de ocupar la vivienda, sin que estos hechos tengan impugnación adecuada en el presente recurso, es visto que el tercer motivo tampoco pueda prosperar.

No obstante el razonamiento sólido del juzgador de instancia encaminado a demostrar que el artículo 34 de la Ley no autoriza la subrogación que los demandados pretenden imponer al arrendador por no concurrir los

requisitos de convivencia y fehaciente notificación, se vuelva sobre el mismo tema en el cuarto y último motivo del recurso alegando que en favor de los demandados se dan los dos expresados requisitos: el de la convivencia, porque la demandada ha vivido en el piso arrendado desde el año 1939, y el de la notificación, porque en la demanda se da por enterado el arrendador del hecho de la subrogación, y en todo caso bastaría para tener por cumplido el requisito con la notificación que se hace al contestar la demanda.

Para desestimar este último motivo será preciso insistir: 1.º, en que el artículo 34 exige para la eficacia de la subrogación que el subrogado viva habitualmente con el *inquilino* subrogante en la misma vivienda arrendada y durante un año de antelación, por lo menos, a la subrogación, y es hecho indiscutido que la demandada no ha vivido en el piso arrendado con su hermano el inquilino desde el año 1941, según se ha dicho en el considerando primero, sin que por otro lado se haya puesto a discusión en la instancia ni especialmente en el recurso el problema de *hecho* y de derecho que plantea la disposición transitoria novena, en relación con los artículos 71 y 72 de la nueva Ley, sobre posibilidad de una segunda subrogación forzosa para el arrendador en beneficio del pariente que haya convivido con el continuador del contrato, *familiar* del inquilino fallecido; y 2.º, en que la notificación al arrendador ha de ser hecha de modo fehaciente con anterioridad a la fecha en que se ejercite la acción resolutoria, por lo que es ingenuo que el conocimiento de la subrogación por el arrendador, adquirido por propia indagación y determinante del planteamiento de la demanda, supla la fehaciente notificación que la Ley impone a quien lleve a efecto la subrogación.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de mayo de 1946.

LAS ENTREGAS DE CANTIDADES A TÍTULO DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS ESTÁN FUERA DEL ÁMBITO DEL IMPUESTO Y SON ACTOS NO SUJETOS, A PARTIR DEL REGLAMENTO DE 20 DE ABRIL DE 1911.

Antecedentes.—En el año 1909, el Ministerio de Marina concertó con la Sociedad E. de C. N. la ejecución de ciertas obras navales, y entre ellas la construcción del acorazado que se llamó “Jaime I”, y en 1943 se concedió un crédito extraordinario de 1.293.003 pesetas, reconocido a favor de dicha Sociedad, en R. O. de 1929, por los daños y perjuicios que se le ocasionaron, debido al entretenimiento, conservación y seguro del acorazado durante el tiempo en que se retrasó su entrega a la Marina por causas no imputables a la Entidad constructora.

El crédito se hizo efectivo en 1944 y se exigió el impuesto de Derechos reales por el concepto de “contrato mixto”, siendo recurrida la liquidación, con apoyo en que la contratación del buque estaba exenta, en virtud de lo establecido en la Ley de la materia de fecha 7 de enero de 1908 que rige esa clase de construcciones. El Tribunal Central dice que es cierto que la aludida Ley concede la exención a esa clase de contratos, pero que la calificación del acto no fué la acertada, ya que no se trataba de una entrega de mayor precio de un contrato de obra con suministro, sino de una indemnización de perjuicios, y que procede anular la liquidación, si bien no con fundamento en la aludida exención, sino por una consideración completamente distinta,

cual es la de que el acto ha de calificarse de “no sujeto”. Y llega a esta conclusión diciendo que hay que tener en cuenta que a partir del Reglamento de 1911, el acto en cuestión hay que enjuiciarlo fiscalmente de esa manera.

Efectivamente, sigue diciendo, el Reglamento de 10 de abril de 1900 calificaba como transmisión de bienes muebles los actos de reconocimiento, declaración o entrega de cantidades en concepto de indemnización de daños y perjuicios, pero el de 20 de abril de 1911, y con él todos los posteriores, suprimieron ese concepto fiscal, y de ahí hay que deducir que no quisieron someterlo a tributación, o, lo que es lo mismo, que lo estimaron como “no sujeto”.

Comentarios.—Las tesis de la Resolución que acabamos de extraer, no diremos nosotros que no se ajusta a una razonable interpretación jurídico-fiscal, pero no nos atrevemos a decir, dejando a salvo la indiscutible autoridad del Tribunal Central, que esté fuera de toda controversia, también razonable, y que no se le puedan oponer algunos reparos.

El argumento que la Resolución pone como fundamento de su criterio tiene, a no dudarlo, mucha fuerza; si un acto que está sometido al impuesto es dejado fuera de la órbita del mismo por el nuevo texto de la nueva disposición reglamentaria, siquiera lo haga de una manera indirecta, o sea sin mencionarlo en su articulado, bien se puede concluir que no quiso gravarlo.

Eso es verdad y es un razonamiento de buena hermenéutica, pero también lo es que sobre esa norma interpretativa o, al menos, al par de ella, milita aquella otra fundamental que dice que la razón última del impuesto es el enriquecimiento y aumento patrimonial del adquirente, de tal manera que cuando éste se dé, allí surge necesariamente la exacción, con la sola salvedad de que el mismo Reglamento expresamente diga lo contrario.

Repetimos que por el camino dicho se llega sin contorsiones del texto legal a la conclusión de sacar del arca del impuesto ese concepto de indemnización de daños y perjuicios, pero nos atrevemos a sugerir que se podría llegar al mismo resultado de no gravarlo sin declararlo “no sujeto”, encajándolo, probablemente con muchos menos baches en el camino, entre los actos exentos a que se refiere el número 6.º del artículo 6.º del Reglamento, considerándolo como simple pago de un crédito.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de marzo de 1947.

LA DECLARACIÓN O RECONOCIMIENTO JUDICIAL EN RESOLUCIÓN FIRME SOBRE NULIDAD, RESCISIÓN O RESOLUCIÓN DE UN ACTO O CONTRATO CAPAZ DE PRODUCIR LA DEVOLUCIÓN DE UN IMPUESTO PAGADO POR DICHO ACTO O CONTRATO NO HA DE FUNDARSE EN EL ALLANAMIENTO DEL DEMANDANTE A LA DEMANDA. EN TAL SUPUESTO, EL CONTRIBUYENTE NO TIENE DERECHO A DEVOLUCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 58 DEL REGLAMENTO.

Antecedentes.—Por acuerdos de las respectivas Juntas extraordinarias de dos Sociedades, se decidió la fusión de las mismas, y sus representantes autorizaron en 1932 la correspondiente escritura pública, estipulando, entre otros extremos, que la denominada C. E. I. T. aportaba el activo y pasivo a la llamada U. E. de C. y continuando ésta con su nombre y rigiéndose por sus Estatutos.

La escritura de fusión fué liquidada y recurrida la liquidación sin éxito.

Así las cosas, en 1942 la representación de la aludida Entidad presentó una instancia al Delegado de Hacienda, reproduciendo otra cursada en 1935, y al parecer extraviada, en la que se hacía constar que en 1935 uno de los accionistas de la U. E. de C. había entablado demanda contra ésta como tal y como fusionante poseedora de los derechos de la C. E. I. T. en pleito ordinario, pidiendo la nulidad del acuerdo de fusión tomado en la Junta extraordinaria de accionistas de la propia Sociedad y también, en su consecuencia, de la escritura en que la fusión se formalizó; y como el Juzgado, en sentencia de 20 de octubre de 1935, había accedido a la demanda en sentencia ya firme, por no haber sido apelada, era evidente que, declarado nulo el acto y con él el documento en que se basaron las liquidaciones giradas en la escritura de fusión, aquéllas eran también nulas y procedía la devolución del importe de ellas, a tenor del artículo 58 del Reglamento del Impuesto.

La aludida instancia fué documentada con un testimonio de la sentencia, del que resultaba que la sentencia había, efectivamente, quedado firme; que el accionista demandante fundó su acción en que la fusión era perjudicial para la Sociedad y hubo indudablemente por

parte de los accionistas, y con certeza por lo que al actor hace, error sustancial en el consentimiento prestado a la fusión y a sus condiciones; que la demandada se allanó a la demanda, mandando la sentencia que las cosas quedasen como antes de la fusión.

La Delegación de Hacienda, de acuerdo con lo informado por la Abogacía del Estado, dijo que el allanamiento en juicio a una demanda no es más que la expresión del mutuo acuerdo entre las partes, y que el apartado 5.º del artículo 58 del Reglamento previene que cuando el contrato queda sin efecto por ese motivo, la devolución del impuesto no es procedente. En su virtud, denegó la devolución pedida.

El acuerdo denegatorio de la Delegación de Hacienda fué recurrido ante el Tribunal Provincial y se argumentó por la Sociedad diciendo que no existe precepto que disponga que la devolución prevista en el artículo 58 no tendrá lugar cuando la declaración judicial de nulidad del acto se funde en el allanamiento del demandado: que el equiparar el allanamiento al mutuo acuerdo entre las partes es una interpretación del precepto reglamentario que pugna con el principio fiscal tributario de que las leyes fiscales no deben interpretarse extensivamente; que en ningún concepto el allanamiento es sinónimo de acuerdo, y que la sentencia de 21 de abril de 1921 tiene establecido que el allanamiento no requiere que la sentencia que recaiga sea de acuerdo con la demanda, sino que ha de ser conforme a Derecho.

No fué estimado el recurso por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, el cual reiteró los razonamientos de la Delegación de Hacienda, añadiendo que si el razonamiento no se equiparara al mutuo acuerdo, quedaría sin eficacia práctica el precepto, porque el mutuo asenso contractual para dejar sin efecto un contrato se enmascararía siempre con una demanda judicial seguida del allanamiento del demandado.

La Sociedad acudió en apelación ante el Tribunal Central y reforzó sus alegatos diciendo que el allanamiento a la demanda producido por la Entidad demandada no pudo conceptuarse como el acuerdo de voluntades a que se refiere el artículo 58 en su apartado 5.º, porque ese acuerdo habría de ser entre las dos Sociedades contratantes y fusionadas, esto es, entre la U. E. de C. y la C. E. I. T., y como ésta no fué demandada, mal pudo convenir nada, y añadiendo que, según la sentencia de 3 de febrero de 1944, si bien el acto de conciliación tiene naturaleza contractual, no la tiene el allanamiento a la demanda, y

por consiguiente, aunque el pleito se hubiese planteado entre ambas Sociedades en son de contendientes, nunca sería posible, jurídicamente, hablar de acuerdo de voluntades entre ambas.

La tesis fiscal fué, no obstante, sostenida por el Tribunal Central, el cual empieza por decir que la sentencia del Juzgado de acuerdo con el allanamiento, no declaró la nulidad de los acuerdos de las Juntas extraordinarias y de la escritura en que se formalizó la fusión por el fundamento de error sustancial alegado en la demanda, sino que el fallo pronuncia la nulidad basándose exclusivamente en dicho allanamiento y en la consideración de que éste, según la jurisprudencia, obliga a los Tribunales a fallar en consecuencia con las peticiones concordantes de las partes, entre las cuales esa concordancia crea un vínculo de Derecho jurídicamente obligatorio; y por lo mismo, se desconoce si el Juzgado habría o no admitido el vicio esencial que se dice que rompió el contrato, lo que en definitiva significa que la nulidad nace, no de una resolución judicial firme, sino de la conformidad de las partes exteriorizada en el allanamiento.

Esté punto de vista lo refuerza con la consideración de que el acto de conciliación se intentó y no tuvo efecto por incomparecencia de la Entidad demandada, y si se hubiese llevado a cabo se hubiera, sin duda, producido en él la conformidad, es decir, el mutuo acuerdo que el mencionado apartado 5.º del artículo 58 dice que sirve de obstáculo insuperable para la devolución del impuesto.

Por fin, se hace cargo el Tribunal Central del argumento antes dicho, según el que la C. E. I. T. no fué parte en el pleito promovido por el susodicho accionista contra la U. E. de C. y mal pudo consentir ni acordar nada aquélla; y lo desata diciendo que la C. E. I. T. no fué ni pudo ser parte porque había dejado de existir en virtud de la fusión, y por eso fué demandante uno de los que habían sido sus accionistas, ya accionista de la U. E. de C., única existente después de la fusión, con lo cual—sigue diciendo—aquel argumento de que a C. E. I. T. nada pactó se esfuma, porque está fuera de duda que todos los accionistas, los que lo fueron de la Sociedad absorbida y pasaron a serlo en la absorbente y también los de ésta, estuvieron conformes en anular la fusión de ambas Empresas.

Comentarios.—El criterio que en la Resolución se sustenta había sido ya mantenido por el Tribunal en la de 24 de noviembre de 1942, y parece, ciertamente, muy razonable, no ya desde el punto de vista

juridicofiscal, sino también mirado en sí mismo. Lo primero, porque si se admitiese que los contratantes pudiesen llegar a la nulidad, la rescisión o la resolución de un contrato y a la consiguiente devolución del impuesto satisfecho por el contrato primitivo, valiéndose del camino de pedir su ineficacia judicialmente y allanarse el demandado, es evidente que la prevención del citado apartado 5.º quedaría prácticamente orillada. El no quiere que el mutuo acuerdo de dejar sin efecto un contrato produzca el derecho a la devolución del impuesto, y sin embargo, se llegaría a ella por un innegable acuerdo, siquiera fuese bautizado con otro nombre y se le vistiese con el ropaje de una decisión judicial.

Es decir, que a la mera convención de los contratantes se le daría la apariencia de una declaración judicial, como exige el apartado 1.º del mismo artículo 58 para que el derecho a la devolución se dé, cuando en realidad lo que ese párrafo pensó fué una verdadera contienda judicial y en una resolución del Juez resolviéndola, y no en una sentencia que se limite a recoger lo que una de las partes pide y la otra acepta, como ocurre con las decisiones judiciales que son consecuencia del allanamiento del demandado.

Dicho esto, hemos de hacer referencia al argumento, interesante y bien concebido dialécticamente por el demandante, cuando dice que no pudo existir, pese al cacareado allanamiento, el mutuo acuerdo de las partes, porque éstas, en realidad, eran o debían serlo, las dos Sociedades fusionadas, ya que ellas eran las verdaderamente interesadas en que la fusión, y por tanto la nulidad pretendida, surtiese o no efectos.

El punto o problema que el argumento plantea es interesante y a primera vista deslumbra. Aunque sea más bien de orden procesal, y por lo tanto un poco al margen de la parcela jurídica que el comentarista cultiva, queremos acogerlo siquiera sea con brevedad.

En buenos caminos de derecho procesal, según nuestros cánones de enjuiciar, la demanda planteada por el accionista actuante, no es dudoso que debió ir dirigida contra los verdaderos contratantes, que fueron las dos entidades que en sendas juntas extraordinarias acordaron fusionarse, desapareciendo jurídicamente una de ellas e incorporando su activo y su pasivo a la otra. Pero es el caso que por el mero hecho de fusionarse e incorporarse la B a la A, la incorporada extendió su propia partida de defunción, y por tanto, ¿cómo demandar a un ente jurídico inexistente?

La contestación no es nada fácil dentro de nuestro mecanismo de enjuiciar, y no tiene más asidero que el propuesto por la propia resolución comentada, o sea que la entidad demandada lo fué en su propia representación, y en la de la Sociedad a ella incorporada en cuanto los derechos de ésta estaban absorbidos, y por tanto representados por aquélla, y también en el de sus socios, puesto que todos ellos formaban parte de la superviviente.

La dificultad, ciertamente que no queda desatada y sin adherencias, ya que no deja producir unos dualismos e interferencias de representación notables, pero lo cierto es que sin ese arbitrio procesal no se ve cómo se ha de hacer revivir un ente jurídico desaparecido y al mismo tiempo querer contender con él para que diga si está conforme con resucitar jurídicamente.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de junio de 1947.

SI DESPUÉS DE CONSTITUÍDO UN USUFRUCTO SE TRANSMITE LA NUDA PROPIEDAD, EL VALOR DE ÉSTA HA DE FIJARSE TENIENDO EN CUENTA NO EL PRIMITIVO VALOR DEL USUFRUCTO, SINO EL QUE LE CORRESPONDA CON ARREGLO A LA EDAD DEL USUFRUCTUARIO EN EL MOMENTO DE TRANSMITIRSE AQUÉLLA.

Antecedentes.—En febrero de 1921 falleció el testador legando el usufructo de sus bienes a su mujer, mientras se conserve viuda, y la nuda propiedad a un hermano del causante.

Liquidada la herencia, se estimó el valor del usufructo, atendida la edad de la usufructuaria, en el cincuenta por ciento de los bienes y en el otro cincuenta por ciento el de la nuda propiedad.

El heredero nudo propietario falleció en 1943, nombrando heredera usufructuaria universal de sus bienes, incluso en la aludida nuda propiedad, a su viuda, y heredero en usufructo a un hijo.

Al ser liquidada esta herencia, los herederos valoraron la nuda propiedad en el 50 por 100 de los bienes, ya que superviviendo la primitiva usufructuaria no había variado el valor del usufructo; pero la Abogacía del Estado elevó aquel valor al 80 por 100, entendiendo que la nuda propiedad debía valuarse no con relación al valor del usufructo en el momento de constituirse, sino en relación al valor en el momento de transferirse esa nuda propiedad.

La liquidación fué recurrida con apoyo en que el valor de la nuda propiedad ha de determinarse en función del que el usufructo tenga al constituirse y de la edad del titular del mismo usufructo, y por lo mismo el usufructo vitalicio tiene desde su constitución hasta su extinción un valor relativo constante e invariable, de tal manera, que si pudiera coexistir un usufructo y una nuda propiedad que cambiaran de estimación, llegarían a sumar un valor superior al de los bienes sobre que recayeran; y si bien es verdad que el párrafo aplicado—14 del artículo 66 del Reglamento de 1941—dice que el adquirente de la nuda propiedad ha de satisfacer el impuesto con arreglo al valor de ese derecho en el momento de transmitirse, ese párrafo no puede aplicarse fragmentariamente y prescindiendo del sentido general del artículo.

El Tribunal Provincial dió por buena la liquidación aplicando la letra del aludido apartado 14) que dispone que en la trasmisión de la nuda propiedad a título lucrativo servirá de base el valor de ella en tal momento; y como en el caso de autos habían transcurrido más de veinte años desde la constitución del usufructo, es claro, dice el Tribunal, que el nudo propietario actual está más próximo a consolidar que lo estuvo el primitivo y que el usufructo vale menos, y por lo mismo más la nuda propiedad.

El Tribunal Central confirmó el criterio del inferior y aplicó el mismo precepto discutido diciendo que hay que distinguir entre la consolidación que hace el primer nudo propietario y los actos intermedios de transmisión de la nuda propiedad a favor de otras personas: en aquélla se tiene en cuenta el valor del usufructo al constituirse, y en todas las demás el que realmente tenga el usufructo, cuando el nudo propietario primitivo transmite, como ocurre, dice, con los usufructos sucesivos, a tenor del apartado 5) del mismo artículo 66; de tal manera, sigue diciendo, que, en todos los casos, al extinguirse el usufructo, éste se valorará como al constituirse y con entera independencia de esta valoración se determinará la de las trasmisiones de la nuda propiedad que se produzcan hasta que la consolidación de los dominios llegue por muerte del usufructuario.

Comentarios.—Ciertamente que el texto literal del párrafo reglamentario citado es el expuesto, pero, no es menos cierto que con dificultad se puede encontrar otra justificación del precepto que su propio literalismo, como ocurre con otros de los párrafos del mismo artículo 66, los cuales están concebidos de un modo empírico y centrados con

una mira completamente fiscal y enderezados a evitar la defraudación del impuesto.

El criterio sería acertado, y cuando menos defendible, si se tratase de una adquisición de nuda propiedad desligada de un usufructo anteriormente constituido, o sea, de una nuda propiedad que se desgaja del dominio pleno en el momento de constituirse.

Desde el momento en que no es ello así, la duplicación en parte de la base liquidable es evidente: el nudo propietario nuevo paga en ese momento como si el usufructo valiese entonces, con arreglo a la edad del usufructuario, el equivalente a la mitad del total valor de los bienes, y al cabo de algún tiempo—cuando el usufructo se extinga—volverá a pagar sin tener para nada en cuenta lo ya pagado.

Un ejemplo aclarará más la cosa: nacen un usufructo y una nuda propiedad que en aquel momento valen, si el valor de la usufructuado es 100, 75 el usufructo y 25 la nuda propiedad; ésta se transmite al cabo de unos años, y como su valor es entonces 50, atendida la edad del usufructuario, sobre cincuenta pagará el adquirente. Pasan otros años más, el usufructuario muere y el nudo propietario, como es lógico, consolida; pero, según el texto reglamentario y según la interpretación de la Resolución que comentamos, no paga por consolidación sobre 50, que era el valor del usufructo en la fecha en que adquirió la nuda propiedad, sino que paga sobre 75, o sea, sobre lo que era el valor del usufructo primitivo, con lo cual en definitiva, contribuye sobre $50 + 75$, es decir, sobre mayor base que el valor total del bien de que se trata.

Esa es, pues, deducida con toda lógica, la realidad a que conduce el precepto reglamentario, y así queda de manifiesto, sin réplica posible, la palmaria desorbitación jurídica, e incluso fiscal, a que aquel empirismo antes aludido conduce en su afán de taponar los posibles resquicios de filtración del impuesto.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

V A R I A

ROBERTO GOLDSCHMIDT: *Problemas jurídicos de la Sociedad Anónima*.
Editorial Depalma.—Buenos Aires, 1946.—206 páginas.

La presente monografía, prologada por Mauricio L. Yadarola, contiene la legislación, doctrina y jurisprudencia de los principales países del continente europeo casi hasta el comienzo de la segunda guerra mundial. Toma su punto de partida en la nueva legislación suiza del 18 de diciembre de 1936, es decir, en la legislación de un país que presenta características jurídicas muy semejantes a las de la República Argentina. Sin embargo, el estudio, cuyo título original fué *Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts*, también contempla el aspecto comparado de la legislación de las Sociedades Anónimas, en relación, especialmente, al Derecho de Francia, Italia, Alemania y de algunos otros países de menor trascendencia.

CARLOS COSSÍO: *La plenitud del ordenamiento jurídico*.—Editorial Losada.—Buenos Aires, 1947.—2.^a edición.—316 páginas.—Primer volumen de la "Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social".

Se trata en la presente obra de la segunda edición de un estudio, cuya primera edición fué reseñada extensamente en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (número de marzo de 1940, páginas 112 y siguientes) por el Prof. Legaz y Lacambra. El libro ha sido prologado por el anciano maestro de la filosofía jurídica Giorgio Del Vecchio.

El trabajo se desarrolla en dos partes, de las cuales la primera

trata del problema de las lagunas del Derecho, mientras que la segunda se consagra al tema de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico y los problemas positivos conexos. La monografía cierra con un apéndice que aborda las relaciones entre la filosofía del Derecho y las ciencias jurídicas.

El célebre filósofo, cuyas doctrinas ganan cada día más terreno en España, parte del artículo 7.º del proyecto de Código civil argentino, que enumera entre las fuentes de Derecho los principios generales del mismo. Con esta ocasión, se adentra Cossío en el postulado de la plenitud hermética del orden jurídico, no considerándolo como una tácita norma positiva, sino como verdad de razón deducida de la libertad como presupuesto gnoseológico *a priori* del Derecho. Llamamos la atención, sobre todo, sobre la profunda exposición de la problemática de la analogía, que pertenece sin duda alguna a lo mejor que se haya escrito acerca de este tema, en que se toca el mundo sublunar con el de las ideas platónicas.

En cuanto a las relaciones entre filosofía jurídica y ciencia jurídica, Cossío disipa vanas esperanzas del jurista científico de hallar en la Filosofía soluciones de problemas contingentes. "Es así que el jurista no puede recibir de la filosofía del Derecho ninguna respuesta para las cosas de su especialidad a que su ciencia no puede responder, porque no hay soluciones filosóficas especiales de lo contingente. En este terreno, todas las respuestas posibles han de venir de la ciencia jurídica y no de otra parte. Lo que el jurista con fundamento le puede pedir a la filosofía del Derecho es que le haga hacer ciencia, es decir, que le diga cuál es el método para tratar las cosas de la experiencia jurídica, porque éste es el resultado de la investigación epistemológica al esclarecer las estructuras constitutivas del objeto del conocimiento. Y si otra cosa le pide el jurista a la filosofía del Derecho también con fundamento, ya no es como jurista, sino como hombre: la axiología y la metafísica" (pág. 301). La ciencia trata de la relación de las cosas entre sí; la Filosofía, de la relación de las cosas con el hombre.

Nos adherimos con plena convicción a las acertadas palabras de Del Vecchio: "No titubeamos en decir que este volumen es uno de los más importantes y valiosos de la filosofía contemporánea del Derecho."

JAMES GOLDSCHMIDT: *Estudios de Filosofía jurídica*.—Traducción, notas y comentarios por Roberto Goldschmidt y Carlos Pizarro Crespo.—Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1947, 261 páginas.

El presente tomo póstumo de las obras yusfilosóficas de James Goldschmidt, respecto al cual se publicó una documentada reseña en la Revista Argentina "La Ley" (número del 7 de junio de 1947), comprende una introducción de Carlos Pizarro Crespo, de considerable extensión (58 páginas), densidad y acierto, así como los siguientes trabajos del célebre jurista: El "a priori" en el Derecho y en la moral; El término de imputación; El ocaso de la ley; La crisis de la revalorización; Antijuridicidad y culpabilidad en Derecho penal y en el civil.

No dudamos que la faceta filosófica del gran procesalista, como tal por todos conocido en España, encuentre el interés que merece.

Revista Jurídica de Córdoba.

Una nueva publicación periódica acaba de hacer su aparición en la Argentina, cuyo florecimiento científico tropical nos sorprende actualmente en este continente flagelado por todas las enfermedades y mermado en sus facultades por todos los achaques de la vejez.

He aquí la proclama de fundación de los directores: "Un grupo de juristas formados en su mayor parte en la Universidad de Córdoba y vinculados todos en algún momento a su vida cultural, hemos decidido fundar y mantener en Córdoba una revista jurídica, de la que es primer testimonio el presente número (enero a marzo de 1947, página 181). Quizás el título de la publicación sugiera de comienzo la creencia de que nace aquélla con la deliberada limitación de reunir sólo a juristas de Córdoba, con exclusión de los demás que trabajan, dentro del país o en el extranjero, por el progreso de la ciencia del Derecho. No es así, empero, clara y terminantemente: lo único que significa el título escogido es que el núcleo central y estable de la revista, su dirección y su redacción, están en Córdoba, al lado de su vieja Universidad, que, no obstante todas las vicisitudes y todos los desgarramientos—y acaso un poco más también por esto—, conserva inalterables la emoción y el calor del hogar auténtico para quienes,

como nosotros, han aprendido y han enseñado en sus claustros venerables. La difundida sentencia de que "Córdoba es su Universidad" encierra mucha más verdad de la que suelen percibir los hombres que desde fuera interfieren a veces en su vida y tratan de alterar su ritmo profundo. Así, esta revista, enteramente privada y sin conexión oficial alguna, constituye también una expresión genuina de la Universidad en cuya atmósfera nace y por cuyo influjo se hace posible. No hay, por tanto, ninguna limitación de carácter geográfico, diremos: al contrario, la revista aspira a lograr un sentido nacional—y más allá, americano—, con la singularidad, es cierto, de que esto se intenta no desde la capital, sino desde una ciudad del interior, pero que ostenta el claro prestigio de una cultura secular. Lo corriente ha sido y todavía es que lo "nacional" venga de Buenos Aires. El país tiene, sin embargo, fuerzas suficientes como para florecer en centros diversos; y, con seguridad, una de las tareas patrióticas más urgentes es la de desarrollar y realizar las posibilidades de toda índole que se hallan en potencia en el interior, un poco sofocadas por la metrópoli agobiante. En el orden de la cultura jurídica, esta revista significa una consciente afirmación de esas posibilidades. Hay, sí, limitaciones de otra índole. Primordialmente, la que resulta de una común concepción del Derecho entre los miembros de su dirección y de su redacción, por encima y más allá de las divergencias de escuelas y de puntos de vista particulares. Para todos nosotros, el Derecho no es una mera técnica que pueda llevar a cualquier parte, ni una elaboración inhumana que lo mismo pueda utilizarse para la humillación del hombre que para su dignificación. Todos creemos que el Derecho es una delicadísima creación espiritual y social para asegurar el desarrollo de los valores esenciales de la persona humana y, entre ellos, de su libertad, sin el cual todos los otros se vuelven triviales. Para decirlo en términos contemporáneos, nuestra concepción común del Derecho se opone a la totalitaria y rechaza todas las manifestaciones de ésta, las explícitas como las encubiertas, las deliberadas como las más o menos inconscientes. La Revista reflejará en todas sus páginas este espíritu, expreso o tácito; y quien escriba en ella debe saber de antemano que por esto solo, sobre este único aspecto fundamental, su contribución importa una profesión de fe. Las demás limitaciones surgen de las naturales exigencias del trabajo propiamente científico. Nos proponemos lograr que la Revista constituya una adecuada expresión del rigor y de la ponderación

que exige la labor seria y estricta, sin las improvisaciones y el desenfado de los practicones y de los "dilettanti". En el Derecho, como en todos los órdenes, "trabajar" significa siempre afrontar dificultades, desarrollar un esfuerzo, frecuentemente penoso y arduo, en todo caso no el puro placer que encuentran escribiendo los vanidosos y los superficiales. Al emprender la publicación de esta Revista, queremos sus iniciadores trabajar cabalmente y contribuir de esta manera, en la medida que nos sea posible, al progreso de los estudios jurídicos en el país y en América. Confiamos en poder llevar adelante la azarosa tarea que nos hemos propuesto. Para lograrlo, nos serán siempre indispensables la colaboración y la simpatía de todos los juristas que en el país y en el extranjero trabajan con idéntica inspiración y con análoga voluntad, en medio de este inquietante mundo de postguerra, cargado aún de amenazas para la libertad y la dignidad del hombre."

Los directores de la nueva Revista son Alfredo Orgaz, Sebastián Soler y Mauricio L. Yadarola; sus secretarios son Ernesto R. Gavier y Roberto Goldschmidt. La publicación es trimestral, y toda la correspondencia debe dirigirse al Dr. Ernesto R. Gavier, Ayacucho, 10, Córdoba (Argentina).

El primer número abarca, entre otros valiosos trabajos, artículos de Enrique Martínez Paz sobre "La naturaleza del Estado y el problema de su despersonalización", de Ricardo C. Núñez, sobre la pregunta: "¿Debemos abandonar la manera tradicional de aplicar la ley penal?", y de Alfredo Orgaz acerca de "La compensación de beneficios en la responsabilidad extracontractual".

Hacemos votos a que la nueva Revista cumpla muchos años llenos de mérito y gloria, conforme nos hacen esperar su primeros pasos en esta vida literaria.

W. G.