

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XXII

Abril 1946

Núm. 215

---

## La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas

### I

#### P R E C E D E N T E S

Antes de la innovación llevada a cabo por la Ley de la Reforma Hipotecaria, la posibilidad legal de esas hipotecas era por todos reconocida. Desde la Ley Hipotecaria de 1861 constaba establecido por aquélla, y recogido después por el Código civil, el principio fundamental de que la hipoteca puede garantizar toda clase de obligaciones. Mas concretamente se admitió en aquélla, y lo sigue hoy en algunos casos, como legados de rentas o pensiones, dote consistente en pensiones temporales, etc.

Era también evidente la conveniencia, o mejor, la necesidad de tales hipotecas al irse generalizando la constitución de rentas o pensiones, especialmente las de carácter vitalicio. Aun se hacían más indispensables desde que nuestro Centro directivo, interpretando el sentido equívoco del artículo 1.802 del Código civil, declaró en resolución de 1 de marzo de 1939 que tales rentas no constituyen carga real mientras así no se estipule expresamente o se garantice su pago con hipoteca.

Ante esto y la carencia de preceptos reguladores de esas hipotecas, parecía natural que la práctica (como decía la exposición de motivos de la Ley de 1861) se hubiera encargado de "ir allanando el camino de la reforma", ya "que cuando el derecho escrito y la doctrina legal no alcanza a satisfacer una necesidad, se encarga la costumbre de llenarla; y en cuanto esto acontece, toca al legislador con-

vertir en ley y dar forma y regularidad a lo que es ya una necesidad reconocida.

Pero aquí la práctica derivó por derroteros equivocados: según De la Rica (1), se recurrió a la capitalización de las pensiones o al señalamiento de un máximo de responsabilidad, especie de hipoteca de seguridad.

Ninguna de estas fórmulas era aceptable; la fijación de un capital, de servir para algo, hubiera introducido una costumbre *contra legem*, ya que el Código civil (art. 1.805) prohíbe al perceptor de la renta exigir el reembolso del capital, y si sólo se capitalizaba por pura fórmula se daba la anomalía, señalada por Sanz Fernández (2), de la existencia de una hipoteca en que la acción hipotecaria no se podía ejercitar por el capital garantido sino sólo por sus intereses, a los que equivalían las pensiones.

La otra fórmula de la responsabilidad máxima era inadecuada para garantizar el pago de prestaciones cuya cuantía era conocida, aunque no lo fuera siempre el plazo de duración, y aparte de ello porque habrían de gravar por razón natural de un modo desproporcionado los bienes hipotecados.

Y no es que faltaban antecedentes o elementos aprovechables.

Teníamos de un lado la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de 31 de mayo de 1892 y 24 de diciembre de 1908, a las que por cierto, a pesar de su importancia, no he visto aludidas por los modernos hipotecaristas. En ellas, la Dirección resolvió que carecía de interés la fijación de un capital. Para el pensionista, dado que la falta de pago de las pensiones nunca le autoriza a exigir la entrega de aquél, y que por tanto la hipoteca sólo le aseguraba el pago de la renta, y que tampoco importaba a tercero dicha capitalización, pues en su perjuicio sólo se pueden reclamar las pensiones vencidas y ello con la limitación de los artículos 114 y 117 de la Ley Hipotecaria.

De otro lado teníamos el precedente de analogía establecido por la ley de 1909 (art. 135 de la vigente), que permitió la ejecución para la efectividad de los plazos vencidos de un capital o de sus intereses, dejando subsistente la hipoteca para que siguiera garantizando los plazos que después vencieran.

(1) *Comentarios de la Ley Hipotecaria*, pág. 211.

(2) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 428.

Erró aquí la práctica, y como tampoco surgió aquel Notario caviloso de que nos hablaba el siempre recordado Díaz Moreno, que manejando esos elementos perfilara la hipoteca que estudiamos, la regulación de la misma surgió a la vida del Derecho con notable retraso.

## II

### LEY HIPOTECARIA VIGENTE

La hipoteca que estudiamos ha sido regulada por vez primera por la Ley de Reforma Hipotecaria en su artículo 156, del cual pasó con ligeras variantes de redacción al 157 de su texto refundido.

Antes de hacer un breve estudio de cada uno de los cuatro incisos de que consta, debemos sentar: Que no pretendemos con este apunte poner en duda la importancia de esa novedad legislativa ni regatear méritos a la labor de los autores de proyecto, que con una redacción clara, breve y de técnica perfecta establecieron el precepto; ahora bien, ello no impide que rechacemos, como lo haremos, algunas de las originalidades o especialidades que se pretende encontrar en estas hipotecas, aunque provengan de fuente tan autorizada, en algún caso, como de un vocal de la Comisión redactora de aquel proyecto.

El artículo, en su primer apartado, sienta la regla general, que tal vez pareciera innecesaria, de que podrá constituirse hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.

Parece que sólo se refiere:

a) A las que se constituyan como obligación personal. Las que lo sean como carga real se regirán por los preceptos generales de la Ley, y para nada precisan de la garantía de la hipoteca.

b) Y que sean de duración temporal. Así parece desprenderse del apartado 4.º, en que se habla de la última pensión. Claro que nada hay que se oponga a que pueda también ser aplicado a las perpetuas.

En el segundo inciso se marcan los requisitos especiales de la inscripción atinentes al acto o contrato por el que se constituya la renta o prestación, el plazo, modo y forma de pago. Son tan naturales, que, aun omitidos en la ley, se habrían de considerar precisos dada esa especie de matrimonio indisoluble que (según González Palomino) existe entre el crédito personal y la hipoteca que lo garantiza.

El más importante es su apartado tercero, al que por ello dedican

los comentaristas la máxima atención. Regula dos de los efectos más importantes de esta forma de hipoteca, que estudiaremos por separado.

#### EJECUCIÓN POR ESTAS HIPOTECAS

Comienza diciendo que el acreedor podrá ejecutarlas por el procedimiento sumario de los artículos 129 y siguientes de la misma ley. (Esta parte debe interpretarse, a mi juicio, en el sentido de que puede aplicársele cualquier procedimiento de ejecución hasta el de esos artículos, que es precisamente para el que se requieren mayores requisitos estipulados previamente): "El que remate los bienes gravados con tal hipoteca—continúa el texto—los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento."

Quiso expresar que si, ejecutada la hipoteca para el cobro de alguna pensión vencida, quedaren otras por vencer, subsistirán, a pesar del remate, tanto la obligación personal de pagar las pensiones futuras como la misma hipoteca que las garantiza en la cuantía o términos que veremos. Es algo análogo a lo que la misma Ley establece en el apartado segundo de su art. 135; lo natural que ha de ocurrir siempre que una hipoteca asegure obligaciones de cumplimiento reiterado.

Del examen de ese texto no se descubre nada anormal o excepcional, y, sin embargo, algunos comentaristas, quizá en el paroxismo de su entusiasmo ante la novedad legislativa, pretenden demostrar existe en él algo de tal importancia, como veremos.

Así Sanz Fernández (1), en amplio e interesante comentario, nos muestra lo que califica de especialidad característica de la ejecución de estas hipotecas y que hace derivar de la norma que estudiamos y de las del procedimiento judicial sumario para toda clase de hipotecas.

Distingue al efecto estos dos supuestos, cuyo examen por separado se impone: a) Que los bienes gravados por la hipoteca que se ejecuta queden rematados en favor de persona distinta del pensionista ejecutante. b) Que los remate o se le adjudiquen al mismo pensionista.

En el primer caso sostiene que el rematante adquiere no sólo la hipoteca (tal vez quiso decir los bienes con la carga de la misma), sino

(1) Ob. cit., pág. 433.

además la obligación personal garantizada: esto es, que en ésta queda subrogado el rematante y por ello liberado el primitivo deudor.

Apoya su opinión:

1.º En que esta regla—dice—la establece el propio artículo 156 (hoy 157). (Fácil es observar que lo que dispone es sólo que el rematante adquiere los bienes con subsistencia de la hipoteca y de la obligación de pago; pero nada relativo a subrogación.)

2.º En las reglas 8.ª y 13.ª del artículo 131 de la misma Ley.

Exige la primera que en los anuncios para la subasta se haga constar: “que las cargas y gravámenes anteriores y preferentes, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos...”

Y la 13.ª dispone que “En el acto de la subasta se hará constar que el rematante acepta las obligaciones consignadas en la regla octava, y si no las acepta no le será admitida la proposición”.

Si la Ley en tales reglas—dice—quiso referirse sólo a la responsabilidad hipotecaria, se hubiera detenido en lo dispuesto en la regla 8.ª; pero la 13.ª—añade—va más allá y establece la alternativa de que el rematante podrá aceptar esa subrogación, en cuyo caso se le admitirá la proposición, o no aceptarla, en cuyo caso se le rechazará; una subrogación—continúa—en las cargas hipotecarias tiene siempre lugar por su carácter real sin necesidad del consentimiento del adquirente. Por esto—agrega—, la necesidad del expreso consentimiento no tiene sentido si no se refiere a la subrogación en la obligación personal.

3.ª En la consideración de equidad de que sería injusto que pudiera perseguirse por acción personal al primeramente obligado, que fué privado de una parte del precio real de la finca.

También De la Rica (1) sostiene, sin intentar justificarlo, que en la ejecución que estudiamos el rematante queda subrogado en la obligación personal del pago de las rentas futuras, y a seguida se plantea el supuesto de que el obligado al pago de la pensión sea persona distinta de la que hipotecó los bienes, y se pregunta: ¿Quedará aquí liberado el deudor de la obligación? No se aventura a contestar.

Con relación ya a la ejecución en general por acción hipotecaria,

(1) Ob. cit., pág. 213, nota.

otros autores mantienen análoga posición. Así Roca Sastre (1) dice que aunque la Ley Hipotecaria no precisa en este punto, parece que debe sostenerse que el adjudicatario en la subasta, en cuanto a las cargas que deben quedar subsistentes, asume ambas responsabilidades. Aduce idénticas razones que Sanz Fernández.

Este es también, al parecer, el criterio de Jaime Guaps (2).

Creemos que las cuestiones que cotidianamente plantea la vida del Derecho se perciben mejor examinándolas a ras del suelo que en vuelos de altura, y que la simple observación, la insuperable lente de que se vale la experiencia, descubre a veces que no existe problema alguno donde se pretendía encontrar uno e intrincado. Por ello y por admitir la realidad del dicho *aquila non capit muscas*, nos atrevemos a refutar las anteriores alegaciones y a lanzar a la palestra nuestro propio criterio contrario, desde luego, al de los competentes e ilustrados escritores citados.

Es un hecho claro que las repetidas reglas 8.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> del artículo 131 se refieren sólo a gravámenes de carácter real, pues aunque la 13.<sup>a</sup> diga obligaciones, al referirse a las de la 8.<sup>a</sup> se sobrentiende que quiso emplear la terminología antigua de obligaciones reales.

Ambas tratan no sólo de las anteriores al crédito del actor, sino también de las preferentes, y este dato puede ser de cierta importancia, pues si en la mayoría de los casos, por tratarse de gravámenes inscritos y poder por ello precisarse fácilmente los que sean preferentes, la exigencia legal quedará reducida a pura fórmula, no sucederá lo propio en otros.

Pueden existir, en efecto, sobre los bienes que se ejecutan, a más de aquéllos, créditos de distinta índole o naturaleza, asegurados por anotación preventiva (débitos de contribución, con o sin hipoteca legal, gastos de cultivo, semillas, etc.), en favor de entidades o personas privilegiadas o no, etc. Sabido es que la preferencia en las anotaciones no la decide la presentación de sus respectivos mandamientos. Todo ello nos indica que esa labor de señalar la preferencia dicha (que por fuerza ha de realizar el Juez para al final de la ejecución cancelar las de inferior categoría al crédito que se ejecuta) no siempre

(1) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. III, pág. 473 (Notarías).

(2) «La ejecución procesal de la Ley Hipotecaria». *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, núm. 169, 1942.

es empresa fácil y menos para el interesado que carece de los elementos de juicio necesarios.

Por ello pudiera entenderse que lo que el legislador pretendió, como elemental norma de prudencia, fué que se advirtiera al futuro rematante concretamente de cuáles eran las cargas que habrían de quedar subsistentes, y después, quizá por evitar contiendas judiciales posteriores, que no se le admitiera su proposición sin la previa aceptación de las cargas aludidas; verdadera condición del remate, como la llaman las reglas 10.<sup>a</sup> y 11.<sup>a</sup> del mismo artículo. Este criterio es el que se impondrá en la práctica de los Juzgados, de prevalecer la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1933, que ordena que para dar a conocer exactamente las cargas preferentes, los anuncios de las subastas tengan la mayor precisión posible.

Pero supongamos que así no sucediera, sino que tal exigencia fuese una advertencia judicial, tan innecesaria, al menos en la teoría del Derecho, como sus similares; una pura fórmula no sólo inútil sino perjudicial, por ello, en el orden interpretativo, y que esos preceptos, en fin, sean tan carentes de sentido como se les supone: ¿podría, aun así, sostenerse que una disposición de Derecho procesal, adjetiva y de mero trámite, tiene la virtud de dar al traste con normas vigentes de Derecho sustantivo y tan importantes que constituyen verdaderos principios jurídicos?

No estimamos tampoco aceptable la consideración de equidad. En este aspecto no es lícito mirar la cuestión sólo del lado del deudor, ya que existen otros intereses dignos también de respeto.

Así lo son los del propio rematante, a quien la Ley ni nadie le advirtió de que habría de asumir la obligación personal asegurada por hipotecas o gravámenes preferentes al crédito por que se siguió la ejecución. Lo único que le constaba era que había quedado subrogado en la responsabilidad real de tales cargas, dentro de ciertos límites prefijados por la misma Ley, y que por ello se podrían hacer efectivas en su perjuicio si el deudor personal dejaba incumplidas sus obligaciones.

Cuestión aparte es la que se plantea cuando, en tal supuesto, paga después el repetido deudor personal. Es cierto que si en tal caso éste no puede reclamar del rematante la parte del valor de la finca o bienes que se presume, descontó como valor de la carga, sufriría un evi-

dente perjuicio, y en cambio el rematante habría obtenido un injusto enriquecimiento.

Tampoco puede prescindirse del interés del titular del crédito preferente, a quien en justicia no puede imponérsele un cambio en su deudor personal.

Nuestra opinión es ésta: que el rematante no se subroga en la responsabilidad personal del deudor en cuanto a las hipotecas o gravámenes preferentes al crédito del actor en toda ejecución, ni tampoco en cuanto al mismo crédito por el que se sigue la ejecución cuando se trate de hipoteca en garantía de rentas o prestaciones. Todo ello por los fundamentos de Derecho siguientes:

1.º El artículo 1.911 del Código civil, proclamando el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, dispone que del cumplimiento de sus obligaciones responde éste con todos sus bienes presentes y futuros.

Esta responsabilidad no puede limitarse sino por pacto expreso (como en la llamada hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 de la Ley).

2.º La Ley Hipotecaria nunca ha contradicho tal disposición. Hoy, como una novedad (art. 138 de la Ley de Reforma y 105 del texto refundido), la proclama al sentar que la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor.

3.º La sustitución de un deudor personal por otro no puede hacerse o no surte efecto sin el consentimiento del acreedor (art. 1.205 del Código civil).

4.º Si en la venta voluntaria de la finca hipotecada, ya descuenten o retenga el comprador parte del precio (y hasta aun cuando asuma la obligación personal del deudor, sin el asentimiento del acreedor) todos reconocen, de acuerdo con el artículo 118 de la repetida Ley, que no se produce la debatida subrogación personal ni queda por ello liberado el deudor, ¿por qué sostener lo contrario en la venta forzosa por ejecución?

5.º Si es principio de Derecho admitido por el Código citado que lo accesorio sigue a lo principal, ¿por qué siendo la hipoteca lo accesorio (al menos, jurídicamente) se han de invertir los términos y ha de ser considerada como el elemento principal?



El otro supuesto antes aludido es el de ejecución de las hipotecas por rentas o prestaciones en la que se adjudiquen los bienes gravados con aquéllas al propio acreedor.

Sanz Fernández (1) lo considera como una excepción al principio de subsistencia de la obligación de pago de las futuras pensiones y de la misma hipoteca con estas palabras: "La subsistencia de la obligación garantizada tendrá una excepción en el caso de que se adjudiquen las fincas al propio acreedor ejecutante. En este supuesto, que, como hemos visto, implica extinción de la hipoteca, existirá también extinción de la obligación garantizada por confusión de los derechos de acreedor y deudor, ya que el primero sucede también en el aspecto pasivo de la obligación personal." Nada hemos de objetar en la extinción de la hipoteca, que, como acertadamente sostiene, es cosa natural de nuestro sistema, que no permite la hipoteca en cosa propia.

La extinción de la obligación personal por confusión, en tal caso, es la consecuencia a que fatalmente tenían que llegar los "subrogacionistas".

En efecto, si ya sostuvieron que la deuda garantizada por una hipoteca de las que quedan subsistentes se transmitía al rematante en la ejecución, ¿cómo iban a afirmar lo contrario cuando el rematante o adjudicatario fuera el propio acreedor ejecutante?

Es de todo punto inadmisibles tal extinción. Para demostrar lo absurdo de la misma, sin repetir lo antes expuesto, nos bastará tan sólo plantear un supuesto.

A. cede a B. una finca, y éste, a cambio, se obliga a pagar a A., mientras éste viva, una pensión anual de  $x$  pesetas.

B., para asegurar frente a tercero el cumplimiento de sus obligaciones, constituye sobre la misma finca hipoteca, cuya finca queda gravada en los términos que señala el art. 157.

Si por falta de pago de alguna anualidad el acreedor entabla ejecución y en ella remata o se le adjudica la finca, consignando en el Juzgado el sobrante de su precio o valor después de reintegrado de la cantidad reclamada, ¿se extinguirá la obligación del deudor por confusión de derechos, quedando éste liberado de tener que pagar las pensiones venideras?

No creo haya quien conteste afirmativamente.

(1) Ob. cit., pág. 433.

## EFECTOS GENERALES DE ESTAS HIPOTECAS EN CUANTO A TERCERO

La parte final del mismo apartado se dedica a determinar las pensiones que asegura esta hipoteca en perjuicio de tercero. Son idénticas a los intereses de todo crédito dado que el artículo se remite al 114 y párrafos 1.º y 2.º del 115 de la misma Ley. Ahora bien, como excluye de la referencia el párrafo 3.º del último artículo, pudiera presentarse la duda de si en el caso de que la finca hipotecada haya pasado a tercero podrá el acreedor pedir la ampliación de hipoteca, en su caso, sobre otros bienes del deudor. Creo debe resolverse afirmativamente, pues esa omisión es debida a que el apartado que se estudia sólo se propuso en esa parte señalar efectos de la hipoteca con relación a tercero y no en cuanto al deudor.

Esta parte final del apartado parece está mal colocada, pues tratándose de efectos más generales que los de la ejecución debió preceder a ésta, y así, además, se hubiera podido prescindir de las palabras "iguales efectos...", con que comienza, que no son de clara inteligencia.

## APARTADO CUARTO

Regula un caso especial de cancelación por transcurso de seis meses a contar desde el momento en que, según el Registro de la Propiedad, debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación. Se precisan estos requisitos: Que no exista pacto en contrario; que no conste del Registro esté modificado el contrato ni se haya formulado reclamación para el cobro de las pensiones, y que se solicite por el titular del inmueble.

Es una caducidad bien anómala, ya que no basta el mero transcurso del tiempo, sino que precisa la petición del dueño del inmueble gravado, cuyo interés debe presumirse siempre sin necesidad de que lo manifieste. ¿Podrá solicitar la misma cancelación el titular de un derecho real inscrito? Parece que debe contestarse afirmativamente.

No creemos que deba a tal fin otorgarse escritura, pues se habla de solicitar, y por ello se trata de una instancia dirigida a funcionario público. No insistimos más en este punto, porque es de suponer, dada la brevedad del plazo, que el acreedor, para evitar posibles perjuicios, haga que en la escritura de hipoteca se estipule una mayor duración.

# Cotitularidad y comunidad

## Gesammte Hand o comunidad en mano común (\*)

### SEGUNDA PARTE

#### «GESAMMTE HAND» O COMUNIDAD DE MANO COMUN

##### I.—DOGMÁTICA DE LA «GEMEINSCHAFT ZUR GESAMMTEN HAND».

La estructura técnica de la *Gemeinschaft zur gesammten Hand* o comunidad en mano común exige, para su mejor comprensión, un paralelo constante con el *condominium iuris romani*, para, de este modo, poner de relieve en todo momento sus capitales diferencias.

Sin pretender lograr un concepto técnicamente depurado, puede ser definida la comunidad en mano común como *aquella situación de cotitularidad por virtud de la cual un derecho o, más frecuentemente, un ente patrimonial, pertenece indiviso y conjuntamente a varios sujetos, unidos por un vínculo o relación de carácter personal, y de tal modo que sólo colectivamente están autorizados para ejercitar las potestades jurídicas que les son atribuidas.*

a) *Titular o sujeto de la cosa o patrimonio común.*—Como toda situación de cotitularidad, la *gesammte Hand* implica una pluralidad de sujetos en la titularidad de las mismas facultades. Al igual de lo que ocurre en el condominio romano, el sujeto es plural; pero mientras en éste el titular está constituido por varias personas aisladamente consideradas, en aquélla, por el contrario, el sujeto es *una reunión o conjunto de individuos colectivamente considerados.* De aquí que todos los comuneros constituyen una colectividad en la que desaparece su individualidad como titulares independientes (1), siendo aquélla la que ostenta la titularidad de los poderes

(\*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

(1) Messineo: «La natura giuridica della comunione coniugale dei beni». Roma, 1920, págs. 42-43; Stobbe: «Miteigenthum und gesammte Hand», en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IV, 1864, pág. 219; De Ruggiero: «Instituciones de Derecho civil», trad. española de Serrano Súñer y Santa-Cruz Teijeiro, vol. I. Madrid, 1929, pág. 573; Josserand: «Essai sur

jurídicos. Titulares son todos en su conjunto, en su reunión (1), no de por sí en su autonómica individualidad. El sujeto es una persona colectiva, o, como dice Ferrara (2), *una pluralidad de personas coligadas*.

Lo que la comunidad germánica presenta de característico—hacen notar Rossel y Mentha (3)—es la constitución de un ente, señor de la comunidad, que se compone de varias personas unidas íntimamente entre sí, pero sin formar, no obstante, esta unión una persona moral.

«En la persona jurídica—expresa Ferrara (4)—, el sujeto es una unidad ideal distinta de la totalidad concreta de los asociados; en la *gesammte Hand*, el sujeto es una pluralidad coligada de personas; allí hay una titularidad única; aquí, una titularidad plúrima». El sujeto es, pues, la totalidad de los individuos; ahora bien, totalidad entendida como suma, no como unidad distinta e independiente de los individuos que la componen (5). Estos son titulares en tanto en cuanto son miembros de la corporación.

b) *Régimen de aprovechamiento de la cosa común; ausencia de cuotas*.—Estando el derecho vinculado a la colectividad, al grupo o suma de titulares individuales, de ahí que el poder de cada uno de ellos se extienda a la totalidad de la cosa, no a una parte de la misma, siquiera sea ideal. La comunidad germana asume el esencial carácter de ser un *dominium plurium in solidum* (6), fundamentalmente opuesto, por tanto, al conocido principio romano (7).

la *propriété collective*», en *Livre du centenaire*, I, París, 1904, pág. 368; Donderis Tatay: «La copropiedad», Madrid, 1933, pág. 26; Castán: «Derecho civil», II, pág. 196; Verga: «Le comunione tacite familiare», 1930, páginas 137 y 138.

(1) Ferrara: «Teoría de las personas jurídicas», pág. 436.

(2) Ferrara: *Idem*, pág. 50.

(3) Rossel y Mentha: «Manual de Droit civil suisse», segunda edición, II, núm. 1.210, pág. 308.

(4) Ferrara: *Ob. cit.*, pág. 439.

(5) Messineo: *Ob. cit.*, pág. 43.

(6) Stobbe: «Handbuch des deutschen Privatrecht», IV, pág. 226-227; Messineo: *Ob. cit.*, pág. 43, y Flórez de Quiñones: «Comunidad o servidumbre de pastos», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1933, pág. 178.

(7) «*Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse; nec quemquam partis corporis dominium esse, sed totius corporis pro indiviso, pro parte dominium habere*» (Celso, fr. 5 y 15, Dig. 12, 6).

Cada comunero aparece, pues, investido de todas las facultades de goce y aprovechamiento sobre la cosa entera, pero sin que esto determine la exclusión de los demás (1), sino más bien un armónico concurso de todos ellos. Todos pueden usar de la cosa por entero, mas sin que ninguno pueda pretender para sí una cuota o porción exclusiva (2), ya que el disfrute de la cosa es colectivo, está destinado no a los fines particulares de los miembros, sino a los fines solidarios del grupo. Por eso el *aprovechamiento se hace en forma indeterminada*, es decir, sin que estén prefijadas las cuotas o porciones que cada condueño tiene derecho a obtener; cada uno de éstos saca aquella utilidad de que tiene necesidad, indiferentemente de si los otros gozan más o menos (3). El provecho que deriva al patrimonio por el trabajo de uno de los comuneros es común a todos, así como el daño causado por uno de los miembros lo sufre el conjunto de ellos.

Y, asimismo, las deudas de la comunidad son también deudas de los comuneros, afectan a éstos de forma indivisa, por lo que viene a surgir entre los mismos una responsabilidad colectiva y solidaria (4).

«La esencia de la relación en mano común—apunta Enneccerus (5)—consiste en que los derechos competen a varias personas conjuntamente y en que las obligaciones se dirijan conjuntamente contra varios».

De esta especial forma en que se efectúa el disfrute de la cosa o patrimonio común, surge una distinción radical entre la comunidad de tipo romano y la *gesammte Hand*. En aquélla es esencial la idea de cuota; en ésta, por el contrario, la noción de cuota es desconocida. Tanto es así, que son muchos los autores (6) que consideran la ausencia de cuotas como la característica fundamental

(1) Messineo: Ob. cit., pág. 43; Stobbe: «Miteigenthum und gesammte Hand», cit., págs. 215 y 233.

(2) Ferrara: «Teoría de las personas jurídicas», pág. 50.

(3) Ferrara: Idem, pág. 435; Verga: Ob. cit., pág. 138; Messineo: Ob. cit., pág. 43.

(4) Ferrara: Ob. cit., pág. 436.

(5) Enneccerus: «Derecho civil, parte general», vol. I, págs. 302-303, nota 6.

(6) Vid., por ejemplo, Messineo: Ob. cit., págs. 44-45; Verga: Ob. cit., página 138.

de la comunidad en mano común. Sin embargo, dicha afirmación debe hacerse con cierta cautela. En realidad, como aclara Cosack (1), en la *Gemeinschaft zur gesammten Hand* todo comunero tiene también una parte propia en el derecho común (pues de otra forma no sería partícipe—*Teilhaber*—), pero lo que ocurre es que dicho derecho parcial —*Anteilsrechts*—no puede, normalmente, ser actuado de por sí en forma independiente. Y análogamente escribe Gierke que la *gesammte Hand* no excluye toda cuota-parte, sino solamente aquella que determina la división en porción separada e independiente (2). La cuota-parte—*Quotenteilung*—ha de existir en toda relación de cotitularidad, y la comunidad germana lo es. La cuota es una exigencia conceptual, más bien institucional, de toda situación en que varios sujetos concurren con derechos rivales sobre una misma cosa.

Lo que ocurre es que, aun existiendo la cuota, tanto en la copropiedad romana como en la propiedad mancomunada, en cada una de ellas tiene una significación y un alcance jurídico totalmente distinto. La cuota, en el sentido romanístico del término, viene a ser la síntesis de la posición actual del condómino y representa de antemano, no sólo la medida del goce que le corresponde, sino también la cuantía y medida del derecho mismo; la cuota romana es una porción fija y determinada del derecho principal, pertenece al comunero con carácter exclusivo, forma parte de su patrimonio privativo y, por ende, es susceptible de enajenación y transmisión. La cuota, en la comunidad germana, significa tan sólo que su titular forma parte de ésta, que es copartícipe; pero sin atribuirle una porción, siquiera sea abstracta, del derecho común, ni ser tampoco un módulo o criterio determinativo de la medida o proporción en que ha de gozar de la cosa común, ya que el aprovechamiento se hace en forma colectiva e indeterminada. La cuota viene a ser, sim-

(1) Cosack: «Lherbuch des Bürgerlichen Rechts». Jena, 1924, volumen II, lib. V, pág. 2.

(2) «Die gesammte Hand schliesst nicht jede Quotentheilung, sondern nur die durchgreifende Theilung in getrennte Antheile ans» (Gierke: «Das deutsche Genossenschaftsrecht, II, Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs». Berlín, 1873, pág. 947, nota 23). Vid. también Gierke: «Deutsches Privatrecht», I, 1895, págs. 676 y sigs., y II, págs. 389 y sigs., y Heusler: «Institutionen des deutschen Privatrecht, I, 1895, págs. 238-240. También Wieland: «Les droits réels dans le Code civil suisse», I, págs. 110 y sigs.

plemente, a modo de expectativa para el caso de disolución o ruptura del vínculo personal (1), o sea, una determinación hipotética establecida eventualmente en previsión de que la comunidad llegue a disolverse.

En este sentido sí cabe hablar de la inexistencia de cuota en la comunidad de derecho germánico y distinguirla por ello de la comunidad romana o por cuotas ideales.

c) *Indisponibilidad e intransmisibilidad de los derechos de los comuneros; indivisibilidad de la comunidad.*—Siendo así que no existen cuotas propiamente dichas, y que no se atribuye a cada titular una fracción de bienes, no existe la posibilidad de disponer o enajenar. La ausencia de cuotas determina en el comunero la *carencia de la potestad dispositiva individual* respecto a una porción específica del derecho o cosa común (2). Claro está que, si bien son inalienables las participaciones que a los comuneros corresponden, sí que cabrá enajenar su contenido económico, su estimación pecuniaria, ya referida al producto líquido periódico, ya al resultado neto de la liquidación, pero bien entendido—como hace notar Roca Sastre (3)—«que esto no es una cesión en sentido técnico, pues no puede subrogarse el cesionario en el lugar del partícipe ni asumir el ejercicio de sus derechos en la comunidad, pues la titularidad del comunero es personalísima».

Del mismo modo, al morir el comunero *no transmite a sus herederos derecho alguno*, pues su participación es intransmisibile (4). Al desaparecer un titular, o se produce un fenómeno de *acrecimiento* (5) a favor de los demás miembros, o bien, por el contrario, en

(1) Stobbe: Ob. cit., págs. 215, 221, 237 y 239; Gierke: «Deutsches Privatrecht», I, págs. 679-680.

(2) Ferrara: Ob. cit., págs. 51 y 434; Castán: «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1929, pág. 234; Donderis: Ob. cit., pág. 26; Flórez de Quiñones: Ob. y lug. cit., págs. 178-179.

(3) Roca Sastre: «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, marzo 1930, pág. 169.

(4) Gierke: «Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs», página 950.

(5) Gierke: Idem, pág. 950.

el puesto vacante se subrogan otros, pero por reglas independientes de las sucesorias, y no con derechos proporcionales a la posición en la cual subentran, sino con derechos iguales a los de los miembros originarios (1).

Al no haber un derecho concreto, una participación limitada y precisa, no cabe intentar su realización por medio de la división, y por ello, mientras dura la comunidad, es improcedente el ejercicio de la *actio communi dividundo* (2).

d) *Gestión y administración*.—Por estar el derecho vinculado a la comunidad, al grupo colectivo, es éste únicamente el que puede disponer. Al exterior, los comuneros se presentan como un todo (3), de suerte que—como dice Sohm (3)—sólo el mancomún, colectivamente, puede disponer y decidir.

Por otro lado, no es extraño el supuesto de que se cree un *órgano de gestión*, que reúna en sí todas las potestades gestionales, representacionales y dispositivas que, en principio, corresponden a la colectividad; sin que pueda esto considerarse como determinativo del nacimiento de un nuevo ente jurídico (5).

e) *Vínculo personal*.—La especial fisonomía de esta forma de comunidad obedece al vínculo personal que liga estrechamente a los interesados en la misma. A diferencia del condominio romano, en el que son irrelevantes las condiciones personales de los copropietarios, siendo éstos o pudiendo ser extraños, en la *gesammte Hand*, por el contrario, los comuneros se encuentran unidos por *íntimos lazos personales* de sangre, de familia, de cohabitación (6).

(1) Stobbe: Ob. cit., págs. 236-239; Heusler: Ob. cit., II, págs. 407-409; Ferrara: Ob. cit., pág. 433; Verga: Ob. cit., pág. 139; Flórez de Quiñones: Ob. y lug. cit., págs. 178-179.

(2) De Ruggiero: Ob. cit., pág. 573; Ferrara: Ob. cit., págs. 434-435; Donderis: Ob. cit., pág. 26; Rossel y Mentha: Ob. cit., II, núm. 1.224, página 138.

(3) Ferrara: Ob. cit., pág. 435.

(4) Sohm: «Instituciones de Derecho privado romano». Madrid, 1936, página 411.

(5) Roca Sastre: Ob. y lug. cit., pág. 169; Messineo: Ob. cit., páginas 46-47; Stobbe: Ob. cit., pág. 246; Gierke: «Deutsches Privatrecht, I, páginas 682 y siguientes.

(6) Ferrara: Ob. cit., pág. 435. Se explica fácilmente este peculiar carácter de la *gesammte Hand* si se piensa que su origen está en el antiguo Derecho de familia germano. Más tarde, con la evolución de la comunidad



concediéndose una atención preferente a las condiciones personales de los copartícipes, cuya posición jurídica—indica Wieland (1)—constituye una titularidad personalísima.

Es más, y sin incurrir en exageración, puede afirmarse que, ante todo, la *gesammte Hand* es una comunidad personal (*person-rechtliche Gemeinschaft*) preexistente a la misma relación de comunidad económica, a la que genera por su propia virtud y eficacia y de modo reflejo o secundario (2).

En cambio, en la comunidad de tipo romano, las relaciones entre los condueños son puramente patrimoniales, ajenas a todo aspecto personal, y las obligaciones que de ellas emanan les afectan objetivamente como obligación real o *propter rem*, surgidas exclusivamente a causa de la relación en que se hallan con la cosa, y exonerables por abandono (3). Este carácter estrictamente patrimonial o pecuniario de la *communio romana* explica suficientemente la determinación y concreción dineraria de la cuota, así como su alienabilidad y transmisibilidad.

En resumen, la *gesammte Hand* tiene una base eminentemente personal, mientras que la *communio romana* tiene un fundamento puramente real o económico.

Por esta misma razón, la comunidad en mano común implica una mayor cohesión, una organización superior a la copropiedad

en mano común, especialmente cuando penetra en la ciudad, este lazo personal se debilita y se hace más amplio, surgiendo así la *gesammte Hand* entre personas ligadas solamente por relaciones de trabajo; así nacieron las asociaciones familiares de comercio de las grandes ciudades italianas del Medioevo. Vid. Vivante: «Trattato di diritto commerciale». Milán, 1923, II, págs. 92-93; Garrigues: «Curso de Derecho Mercantil». Madrid, 1933, I, pág. 185. Igualmente las *sociétés taisesbles* de las clases rurales en el antiguo Derecho consuetudinario francés. Vid. Bastid: «De la fonction sociales des communautés taisesbles de l'ancien droit». París, 1916.

(1) Wieland: «Les droits réels dans le Code civil suisse», I, pág. 111.

(2) Stobbe: Ob. cit., pág. 232; Heusler: Ob. cit., I, págs. 236-239; Messineo: Ob. cit., pág. 46; Roca Sastre: «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, marzo 1930, pág. 167; Rossel y Mentha: Ob. cit., II, número 1.210, pág. 308.

(3) Roca Sastre: «La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, septiembre 1929, pág. 652.

romana (1), organización ésta que se obtiene por una progresiva atenuación de los derechos individuales y un robustecimiento correlativo de las potestades de la colectividad, la cual, valga la frase, viene a ser una especie de sociedad o ente corporativo sin personalidad (2), esto es, una especie de *tertium genus* (3) colocado entre la copropiedad romana, forma la más elemental y rudimentaria de organizar la cotitularidad, y la persona jurídica, construcción superior y más compleja que estatuye un nuevo ente jurídico (4).

f) *Extinción y disolución*.—Ya se ha dicho que mientras subsiste el vínculo personal que ata a los comuneros, la comunidad continúa, sin que pueda pretenderse su disolución por parte de quienes la integran. Ni siquiera la muerte de alguno de los comuneros impone necesariamente la extinción de la relación comunal. Tan sólo la ruptura o desaparición del vínculo personal provoca la disolución de la *gesamte Hand* (5); y en tal caso, la división del

(1) Gierke: «Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs», 1873, página 952.

(2) La resolución de la Dirección de los Registros, de fecha 2 de diciembre de 1929, reconoce que la sociedad de gananciales participa de los caracteres de una sociedad sin personalidad.

(3) Vid. Michoud: «La théorie de la personnalité morale», 1924, segunda edición, I, págs. 153 y siguientes.

(4) «Las relaciones de comunidad—dice Siesse, «Contribution a l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé». Paris, 1923, pág. 4—, son de una extrema variedad, y se puede observar en ellas toda una gradación, con infinitos matices, que va desde las relaciones precarias propias de la indivisión romana hasta esas regulaciones tan complejas que presiden el funcionamiento de las personas morales. No hay más que una diferencia de grado entre la copropiedad y la sociedad.» Para el problema relativo a las relaciones entre comunidad y sociedad, vid. Donderis Tatay: Ob. cit., páginas 74-83 y 166-174; Siesse: Ob. cit., págs. 5-6; Ferrara: «Teoría de las personas jurídicas», págs. 416 y sigs.; Marín Lázaro: «Sociedad y comunidad», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1942; Pelayo Hore: «La indivisión perpetua en el Código civil», en la misma Revista, julio-agosto, 1941; Bonelli: «I concetti di comunione e di personalità nella teoria della società commerciale», en *Rivista de diritto commerciale*, 1903, volumen I; sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1940 y el comentario a la misma por Bonet, en *Revista de Derecho Privado*, enero, 1941, págs. 34 y siguientes.

(5) Messineo: Ob. cit., pág. 44.

patrimonio común se efectúa, por lo regular, en partes iguales (1), salvo los bienes que los individuos tengan en la comunidad a título de separados (*Sondergut*), en coexistencia con su derecho a los propiamente comunes (2).

En conclusión, cabe decir con Ferrara (3) que la *gesamnte Hand*, «más que una institución de derechos reales es un principio general que inspira gran número de instituciones jurídicas. Por eso la *gesamnte Hand* abraza por lo general toda la esfera jurídica de los sujetos, constituyendo un patrimonio de afectación cerrado y delimitado al exterior al servicio del grupo colectivo».

JUAN GARCÍA-GRANERO.

(1) Stobbe: Ob. cit., pág. 239; Gierke: «Deutsches Privatrecht», I, página 680.

(2) Stobbe: Ob. cit., pág. 235, y Handbuch, IV, pág. 208; Gierke: «Deutsches Privatrecht», I, págs. 676-677.

(3) Ferrara: «Teoría de las personas jurídicas», pág. 436.

## Consideraciones sobre el «rango» y la nueva Ley de Reforma Hipotecaria (\*)

Y al alcanzar este punto en el desarrollo de mi trabajo, llega a mis manos la obra de Sanz Fernández, titulada *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. La amistad que me une con el autor—compañeros él y yo de las primeras fatigas docentes en los ya lejanos tiempos de colegio—impide a mi pluma todo elogio a un libro que bien lo merece.

Me encuentro ante unos comentarios verdaderamente auténticos—puesto que Sanz fué vocal de la Comisión de reforma—de la Ley nueva. Y en ellos se defiende el criterio legal en el punto concreto que me ocupa: es decir, se justifica el porqué sigue apartado el vigente régimen hipotecario español del sistema de puestos fijos y sustantividad de rangos. «La Comisión redactora del proyecto de Ley Hipotecaria—escribe Angel Sanz (1)—rechazó su admisión teniendo en cuenta las siguientes razones especialmente aplicables al sistema hipotecario español.»

Voy a ir transcribiendo estas «razones» y a ofrecer al lector el comentario que me sugiere cada una de ellas.

«1.<sup>a</sup> Conceptualmente es imposible—escribe Angel Sanz—llegar de manera absoluta a la parcelación del valor de un inmueble y negar la fuerza expansiva de la hipoteca, como la de todo derecho real, sobre su objeto. El derecho real de hipoteca se dirige a la obtención de un valor del inmueble, pero recae sobre éste en su totalidad (Nussbaum, pág. 76) y no sobre el valor. La división de varios grupos de valor en compartimientos estancos y separados es

(\*) Véase el número anterior de esta Revista.

(1) Ob. cit., pág. 148, nota.

contraria a la naturaleza del derecho real de hipoteca y aun a la de todo derecho real sobre cosas. Por ello no admitió este punto de vista el Derecho romano y lo rechazó, a pesar de los precedentes germánicos, la depurada técnica del Código civil alemán, aceptando como principio el de los romanos. De la misma manera, el Código suizo lo establece con una importante reserva, que supone la verdadera admisión del principio romano; aunque existan rangos o puestos libres de carácter preferente, en caso de realización del inmueble, el precio corresponde a los acreedores hipotecarios, según su rango, sin tomarse en consideración los puestos libres (artículo 815).»

No cabe dudar que la hipoteca, aunque sea un derecho real en-derezado a proporcionar al acreedor garantizado con ella el valor en cambio de una cosa, recae no sobre el valor, sino sobre la cosa misma. Esta idea, admisible sin ningún esfuerzo, tiene su refrendo positivo en los artículos 105 y 106 de la Ley Hipotecaria, equivalentes a los 1.876 y 1.874 del Código civil. En ellos se establece que la hipoteca «sujeta directa e inmediatamente los *bienes* sobre que se impone...», y que sólo pueden ser hipotecados «los *bienes inmuebles* y los *derechos reales* enajenables *impuestos sobre los bienes inmuebles*». Doctrinal y legislativamente, pues, el objeto del derecho de hipoteca es la cosa hipotecada, el inmueble gravado, y no el valor o fracción de valor que—llegado el momento oportuno—puede extraer de aquélla el acreedor hipotecario. Pero, sentada esta base, no se puede olvidar lo que antes dejé apuntado: que la hipoteca es un derecho de realización de valor (artículo 1.858 del Código civil), que actúa, además, en función de garantía del cumplimiento de una obligación principal dineraria. Y si a esto se añade que en la hipoteca el inmueble gravado no pasa a poder del acreedor hipotecario—no hay desplazamiento de posesión—, viene a resultar: que el poder directo e inmediato—técnicamente indiscutible—de la persona sobre la cosa parece como si en la realidad se esfumara para dar paso a otro poder, concreto y tangible, orientado hacia el valor en cambio de la finca hipotecada. En el terreno de lo vulgar—vulgar, pero impregnado de verdad jurídica—pudiera representarse gráficamente al acreedor hipotecario en el momento en que la hipoteca desarrolla toda su fuerza—obligación principal vencida y no satisfecha—como especie de prestidigitador que, trans-

formando hábil y limpiamente en dinero la finca hipotecada—mediante la venta de ésta instada por él—, mete su mano en la bolsa del precio obtenido y saca de ella el dinero necesario para hacerse pago del crédito a su favor que la hipoteca garantizaba y que no fué satisfecho voluntariamente. Y, siguiendo por esta senda en el razonamiento, no sería violento imaginar a un acreedor hipotecario autodefiniendo así su propio derecho: «Yo, acreedor de A por un total de 100.000 pesetas, y garantizado en mi crédito con hipoteca sobre la finca F, tengo derecho, si A no me paga cuando la deuda cumpla, a extraer del valor del inmueble—previa venta del mismo—las 100.000 pesetas que, por todos conceptos, me debe mi deudor.» El acreedor hipotecario, pues, ve, como objeto *práctico* de su derecho, no la finca hipotecada, sino la fracción del valor de dicha finca, suficiente a pagar el crédito garantizado.

Por lo expuesto, no hay inconveniente en concebir la hipoteca—que tiene por verdadero objeto, no me cansaré de repetirlo, la cosa hipotecada—como un derecho recayente sobre el valor o parte del valor de la finca. Y una vez que en este plano de lo perceptible por los sentidos se ha operado esta mutación en la determinación del objeto de la hipoteca—de la cosa hipotecada pasa a serlo la fracción de valor de ella, suficiente a cubrir el crédito del titular hipotecario—, resulta de una licitud inatacable organizar el régimen de hipotecas sobre la base de un sistema de puestos fijos—inmutabilidad del rango inicial de cada derecho—respaldado por el hecho innegable del papel importantísimo que en esta institución supone la prelación o prioridad del rango y asentado en la idea de que «la hipoteca—son palabras de Nussbaum en la misma obra y página citadas por Sanz—representa meramente una fracción de valor de la finca».

Ahora bien; admitir la parcelación del valor de un inmueble—medula de los puestos fijos—supone ciertamente, como dice Sanz, negar fuerza expansiva a la hipoteca; pero no creo que ello sea contrario a la esencia institucional de este derecho. La hipoteca—me ajusto a la clásica sistematización española (Sánchez Román, de Diego)—es un derecho real limitativo del dominio, un *jus in re alienum* que, como todos los de su género, restringe y limita en un aspecto parcial—la hipoteca en el sector del *jus disponendi*—las facultades dominicales pertenecientes, naturalmente, a otro su-

jeto, pero que, además, es un derecho en sí restringido, *limitado*. Sobre esta base, lo único indispensable para mantener la esencia institucional de la hipoteca es concebir esta figura jurídica como un derecho de realización de valor constituido en función de garantía y con las demás características tantas veces repetidas. Esto sentado, convengamos en que un sistema de puestos fijos, con su inseparable régimen de fraccionamiento del valor de la finca gravada, no produce menoscabo alguno en la pureza conceptual de la hipoteca.

Hay más: en España se admite, en un caso concreto, el mecanismo de las parcelas de valor. Y este caso es el de la finca hipotecada y gravada, además con anotación preventiva por crédito refaccionario. Juegan en defensa de esta tesis los siguientes textos positivos: el artículo 59 de la Ley Hipotecaria—que asigna a este tipo de anotación todos los efectos de la hipoteca—, y especialmente los artículos 61 y 64 del mismo Cuerpo legal, de cuya combinación resulta que el valor de la finca gravada—en la hipótesis por ellos prevista—se escinde en dos grandes parcelas: una, constituida por lo que valía el inmueble antes de comenzar la refacción; otra, consistente en el plus valor, esto es, en lo que aumentó la valoración de la finca a consecuencia de la refacción misma. Pues bien; dado el supuesto de que las hipotecas se hayan constituido antes de extenderse el asiento de anotación por crédito refaccionario, el principio de prioridad sólo juega rígidamente en la parcela del primitivo valor de la finca. Allí, en efecto, las hipotecas gozan de prelación respecto de la anotación preventiva. Pero en la parcela del plus valor, la anotación, saltando por encima del *prior tempore potior jure*, revisita rango preferente. No quiero decir con esto que el Derecho español siga en este punto el sistema de los puestos fijos en la organización del régimen hipotecario. Lo único que sostengo es que la base de aquel sistema, o sea la disgregación del valor de las fincas hipotecadas en parcelas distintas y sin comunicación entre sí—que Sanz presenta como contraria a la naturaleza del derecho real de hipoteca—, no es del todo desconocida en el Derecho positivo español.

2.<sup>a</sup> razón. En nuestro Derecho—sigue diciendo Angel Sanz—la inscripción no constituye por sí la hipoteca, aunque como requisito formal necesario deba acompañarla siempre; partiendo nuestro sistema de esta base no puede admitir en modo alguno parcelas ni

puestos, que serían contrarios a esta base esencial del artículo 1.875 del Código civil.»

El argumento resultaría irrefutable si fuese cierto su punto de partida. Evidentemente, siendo el Registro de la Propiedad el necesario crisol de las «parcelas» y de los «puestos» y habiendo de delimitarse unas y otros al tiempo de constituirse las distintas hipotecas recayentes sobre una misma finca, todo ese mecanismo de puestos y parcelas tiene que venirse abajo desde el momento en que se piense que la inscripción española de la hipoteca es, aunque requisito formal necesario, tan declarativa como la de cualquier otro derecho real. Pero considero extraordinariamente violento dar por bueno este punto de partida.

Permítaseme una breve digresión para exponer en pocas líneas la síntesis de esta originalísima, audaz y hábilmente defendida postura científica de Sanz en punto tan interesante del Derecho Hipotecario (1).

La idea fundamental que preside nuestro sistema se puede desarrollar—según Angel Sanz—en tres afirmaciones:

«1.<sup>a</sup> Para adquirir el dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles es suficiente el título y, en su caso, la tradición...»

«2.<sup>a</sup> La inscripción tiene fuerza simplemente declarativa en tanto no sea preciso otorgarle otra superior eficacia para fortalecer el tráfico jurídico y garantizar el crédito territorial. Normalmente es voluntaria; únicamente es necesaria en la hipoteca...»

«3.<sup>a</sup> Cuando es preciso para asegurar el tráfico, la inscripción tiene fuerza constitutiva y da fuerza al derecho real por sí misma, aunque apoyándose en una aparente adquisición derivativa...»

Nada tengo que oponer a la primera afirmación. Sobre ser inquestionable en nuestro Derecho, queda al margen de la línea medular de mis argumentos. Pero las dos afirmaciones últimas son inadmisibles; y, frente a ellas, sostengo: que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, y que todo lo referente a la seguridad del tráfico—inscripciones derivadas, terceros—cae de lleno en el principio de la fe pública del Registro sin que roce para nada el principio de inscripción, en cuyo ámbito tiene su sede la materia de inscripciones constitutivas y declarativas.

(1) Ob. cit., págs. 35 a 45.



Sin perjuicio de los contactos y entrecruces inevitables en toda disciplina sistemática y orgánica, los principios de inscripción y de fe pública tienen significación y desarrollo totalmente distintos e independientes. El primero contempla a la inscripción en su relación con el derecho inscrito y proclama el valor de aquélla respecto de éste. El segundo, enfocando el problema de la posible discordancia entre el Registro y la realidad, decreta la presunción *juris et de jure* de que el Registro es exacto en beneficio del que, confiado en él, adquiere onerosamente y con buena fe e inscribe su adquisición. En la esfera del principio de inscripción sólo miramos al asiento hipotecario y su contenido, y decimos: El derecho real «nace» a virtud de la inscripción, o bien, la inscripción se limita a «declarar» la anterior existencia jurídica del derecho inscrito. Y surge, sin desparramar la vista, sin desviar la mirada de una inscripción concreta, la técnica de las inscripciones «constitutivas» y «declarativas». En cambio, para situarnos en el ámbito propio de la fe pública registral, tenemos que pensar en el tráfico inmobiliario, en la cadena del tracto sucesivo con sus eslabones de asientos derivados los unos de los otros y, a través de un proceso mental, llegar a la idea de que cada inscripción, aisladamente considerada, tiene un contenido que, concordante o no con la realidad, se presume exacto con presunción *juris tantum*, pero que en el enlace, en la concatenación de unas inscripciones con otras, en la contemplación de una inscripción como base o raíz de la siguiente, la presunción de exactitud del Registro se hace *juris et de jure* en favor del titular de la inscripción derivada. Una inscripción, primera o posterior, «constituye» o «declara» lo ya constituido—principio de inscripción—; un asiento registral se considera inatacablemente exacto, aunque no lo sea, en función y beneficio de otro asiento derivado de aquél—principio de la fe pública—.

Ambos principios no pueden mezclarse ni confundirse. Y confusión y mezcla es decir que tiene carácter constitutivo la inscripción practicada a favor de tercero protegido por la fe pública cuando realidad y Registro—el Registro en que se apoyó el tercero—no concuerdan. Ciertamente que, en tal caso, no teniendo el transmitente el derecho que tabularmente ostenta, la adquisición del *accipiens*—tercero—sólo es derivativa en apariencia—ya Jesús Saldaña, siguiendo a Wieland, definía al tercero como «el que adquiere un

derecho inscrito en el Registro por modo originario y ministerio de la ley»—, y que, en este sentido, la norma que así estatuye da vigor constitutivo a la inscripción de que el tercero es titular. Pero el argumento me parece un tanto retorcido. El problema debe centrarse mirando a la inscripción que tenía por titular al transmitente antes que a la derivada. Yo me fijo preferentemente en aquella inscripción—a la que llamaré «primera»—, y digo: Cuando de ella deriva otra inscripción posterior, la presunción de exactitud de dicha inscripción primera—hasta entonces *juris tantum*—se hace *juris et de jure* con la exclusiva finalidad de que el que adquiere bansiéndose en ella, apoyándose en sus pronunciamientos, tenga segura una adquisición que ya no podrá quedar coja por quiebra del apotegma jurídico «*nemo dat quod non habet*». No; a virtud de esta ficción legal en aras de la seguridad del tráfico—ficción que se proyecta (subrayo esta verdad) sobre la inscripción primera—, el *accipiens* adquiere aunque al *tradens* no tenga. Nadie da lo que no tiene, es verdad; pero es que se presume—con presunción *juris et de jure*—que el transmitente tiene aquello de que no es titular más que en el Registro. Es decir, que cuando surge la inscripción derivada queda orillado el obstáculo que se levantaba para la firmeza de la adquisición, pero no porque tal inscripción sea constitutiva—como pretende Angel Sanz—y haga nacer en su titular un derecho que no tiene el titular de la inscripción primera, sino porque, sincronizado con el momento de extenderse en los libros del Registro la inscripción derivada y precisamente para proporcionar la más completa seguridad al titular de ella, se presume—sin admitirse prueba en contrario—que la inscripción primera es exacta y que, por tanto, quien en el Registro aparece transmitiendo tiene lo que transmite.

En una palabra: si en un plano estrictamente cronológico y mirando sólo a la inscripción derivada pudiera sostenerse el carácter constitutivo de ésta, en el orden lógico—descubriendo sucesión de momentos donde todos los fenómenos son simultáneos—no tenemos más remedio que ver descansar toda la fuerza de la ficción legal en la inscripción primera, y la norma positiva en este caso particularísimo—medula de todo el sistema—dice que el transmitente es titular verdadero del derecho que transmite. Después—un «después» en la lógica y no en el tiempo—el pleno vigor de la inscrip-

ción derivada viene, por añadidura, como consecuencia. El único punto vulnerable habría de buscarse en la carencia de facultades dispositivas del *tradens*, y esta mancha ya la lavó la propia ley reconociéndole estas facultades, o lo que es igual, reputando exacta la inscripción primera. En el juego de las inscripciones primera y derivadas—del que brota la enérgica protección al adquirente de buena fe—el legislador no se dirige a la inscripción derivada para decirle: «Tienes virtud para hacer nacer un derecho hasta ahora inexistente»—lenguaje de inscripción constitutiva—, sino que habla de la inscripción primera en estos términos: «Te reputo exacta, aunque no lo seas—lenguaje de fe pública registral—; hago a tu titular titular verdadero y, de este modo, el inscribente en la inscripción segunda adquiere derivativamente de ti y su adquisición es firme e inatacable. Así queda conseguida la finalidad fundamental que yo persigo: proteger a los terceros adquirentes que confían en los pronunciamientos del Registro.»

LUIS BOLLAIN ROZALEM.

Notario.

## El proceso de ejecución de las acciones reales

El artículo 41 de la ley Hipotecaria, desde que le incrustaron los legisladores de 1909, no ha perdido la energía inicial con que irrumpió en defensa de los principios hipotecarios. Despojado ya de la presunción posesoria que la reforma ha llevado al artículo 24—para que continúe siendo la pesadilla de juristas y abogados, dice un distinguido hipotecarista—, hoy sigue siendo el derecho en ejercicio; en definitiva, la primera trinchera en que se bate el titular inscrito contra sus posibles contradictores. De ahí la formidable importancia que tiene en nuestro Derecho y que ha recalcado el afortunadísimo preámbulo de la ley.

El propósito del legislador aparece con absoluta nitidez. Quien con tan atinadas palabras había sentado el principio de legitimación en el nuevo artículo 24, diciendo que *“a todos los efectos legales, se presume que todo derecho real inscrito en el Registro existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento registral respectivo”*, lógicamente había de estimar absurdo que se pusieran en entredicho o se trataran “con injustificado recelo declaraciones oficialmente tamizadas, dignas de equipararse a los títulos ejecutivos y de otorgarles la confianza que éstos inspiran”. La necesidad y conveniencia de un procedimiento rápido que reponga al titular inscrito en su derecho era algo fuera de toda discusión. De ahí el alborozo con que el nuevo proceso hipotecario ha sido acogido por la inmensa mayoría de los comentaristas de la reforma. Nosotros nos proponemos hacer una breve exégesis de la misma, mirando esencialmente a su contenido práctico, a su ejercicio ante los Tribunales, olvidando antecedentes que en cualesquiera comentarios se pueden encontrar—hago especial mención de

los del querido compañero La Rica, tan serenos y meditados—y, desde luego, con una autoridad de que yo carezco.

### ÁMBITO DEL PROCESO

Recordemos el párrafo inicial del artículo que comentamos: *Las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios inscritos podrán ejercitarse mediante un proceso de ejecución contra todos los que no inscribieron, etc.*

La palabra *acciones*, empleada por nuestro legislador, es evidente que es sinónima de pretensión procesal; está empleada como equivalente a derecho “en pie de guerra”, significación con la que tradicionalmente se le viene designando en nuestro léxico forense, es decir, como el verdadero objeto del proceso que en este artículo se regula. Sólo el empleo de la locución *acciones reales* nos dice ya que nuestros legisladores no han creído oportuno seguir la corriente iniciada por distinguidos procesalistas españoles (Prieto Castro, Plaza, Guasp) para diferenciar las acciones, sino incubar en los moldes tradicionales del Derecho patrio. Y entendido así, lo primero que resalta es que la locución *acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios inscritos* tiene un sentido mucho más amplio del que el legislador ha querido darle. Porque si acción y derecho son términos tan correlativos que no se comprende el segundo sin la primera, y viceversa, y en la vida jurídica se emplean como sinónimos, por más que la técnica los haya siempre diferenciado, es evidente que, en el sentido procesal en que utilizamos aquí las palabras *acciones reales*, son tales todas las petitorias y posesorias que emanen de bienes inmuebles inscritos, y, sin embargo, no se nos alcanza la posibilidad, ni quizá la utilidad, de que puedan ejercitarse mediante este proceso acciones que innegablemente tienen carácter real: ejemplo: la del legatario de cosa específica para que se le entregue la cosa objeto de legado; la del usufructuario para reclamar las cosas sobre las que figure constituido e inscrito el usufructo, si por cualquier motivo que implique relación jurídica con el anterior titular no se le entregan las cosas; la del acreedor hipotecario contra cualquier poseedor de la finca afecta, regulada independientemente en la misma ley; la que corresponde a cualquiera de los copropietarios de pared medianera contra los demás que deban contribuir a su repara-

ción, etc. Por ello, conforme Roca sostiene (en *Rev. Legis.*, pág. 282), hubiera sido preferible que la ley hubiera concretado el alcance de este artículo, precisando que solamente se refería a las acciones reivindicatorias, confesorias y negatorias.

Nosotros, supuesto que la posesión, aunque expulsada violentamente del Registro, ha de subsistir durante muchos años, porque una gran parte de los inmuebles inscritos están acogidos a su amparo—y sus inscripciones han de seguir surtiendo efecto, según la cuarta disposición transitoria—, hubiéramos comprendido también a todas las acciones que emanen de la posesión como derecho similar del dominio, ya que, como hemos podido apreciar todos en la vida real, en más del 95 por 100 de los casos, la posesión inscrita como tal es un verdadero derecho de dominio que se ha disfrazado de posesorio para evadirse de la titulación notarial—no siempre a su alcance en distancia y en economía doméstica—, pero que por pertenecer sus titulares a la clase más ignorante, más sacrificada y más sana de la nación, son bien dignos de una protección equivalente a la que al obrero manual asigna la moderna legislación social—y la que a ellos mismos protege, la legislación arrendaticia—y no de su expulsión, para seguir la suerte, no muy desagradable, por cierto, de los poseedores *contra tábulas* de mala fe.

Ahora, el primer problema que se presenta a los titulares de esos millones de fincas inscritas en posesión, y cuya conversión en dominio no sea posible, es—caso de que se entienda que este procedimiento no les es aplicable, porque no le regulaba la legislación anterior, a cuyos efectos les remite la disposición transitoria citada—si seguirá rigiendo para esas parcelas el artículo 41 del Real decreto-ley de 13 junio de 1927 y su secuela el procedimiento a que se refieren los artículos 100 y 101 del Reglamento aún vigente. Esperemos que la edición concordada de la nueva ley y su ulterior Reglamento nos aclaren este hoy inquietante problema.

#### TRAMITACIÓN

No es la claridad precisamente el atributo de las normas que comentamos, bien necesitadas de una detallada reglamentación que evite que se conviertan en interminable semillero de incidentes. Aunque la ley no lo dice, claro es que, al no estar comprendido este proceso den-

tro de las excepciones legales enumeradas en los artículos 4.º y 10 de la ley de enjuiciar, regirán las normas generales en cuanto a la representación por medio de procurador y la defensa dirigida por letrado.

La demanda se redactará en la forma ordinaria; pero, como se trata de un *proceso de ejecución*, podrá también dársele la forma, más sencilla, que tienen los escritos en que se solicita ejecución de sentencia firme, teniendo en cuenta siempre que, a diferencia del procedimiento derogado, que hacía necesario un juicio de desahucio en precario como corolario del mismo para llegar al lanzamiento, ahora el nuevo procedimiento debe llegar al lanzamiento, o, de lo contrario, no sería un *proceso de ejecución*. Más claro: lo que ha de pedirse, con unas u otras palabras, es que se pongan los bienes o derechos a disposición del titular registral, dándose para ello *las órdenes necesarias*, ya que si durante muchos años pudo entenderse, interpretando estas palabras del artículo 1.515 de la ley de Enjuiciamiento civil, que había necesidad de llegar a un desahucio en precario para lanzar al antiguo dueño deudor, hoy, después de la doctrina que inicia la Sentencia de 24 de junio de 1932, sin discontinuidad, ratificada tantas veces *a posteriori*, es evidente que en ejecución de sentencia de un juicio ejecutivo, con cuyo procedimiento ha querido el legislador asimilar el que nos ocupa, puede y debe llegarse al lanzamiento sin necesidad de nuevo pleito.

La redacción, sencillísima, debe limitarse a reflejar en los *hechos*, con absoluta claridad, las respectivas situaciones del titular registral y del detentador. En los fundamentos jurídicos, toda cita que exceda de los artículos 24 y 41 de la ley Hipotecaria debe estimarse superflua. La sola aportación de la certificación que acredite que el actor es el dueño inscrito en aquel momento, debe estimarse suficiente para la iniciación del proceso.

No hay que olvidar que el período de discusión escrita no se inicia hasta que el opositor formula demanda de contradicción, y entonces, al contestar y perfeccionar el cuasi contrato de *litis contestatio*, ya conocida al detalle la posición del contradictor, será llegado el momento de aportar otros documentos, si necesario fuera, y de formular las alegaciones que se crean pertinentes.

El Juzgado, a instancia del titular, adoptará las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia. No están limitadas las atribuciones del juzgador en este aspecto, y la duda ha de surgir sobre si esas medidas han de inspirarse en las que regula la sección segunda

del título XIV del libro II de la ley, o en las establecidas en los artículos 1.408 a 1.410 de la misma para los embargos preventivos. Nosotros nos inclinamos sin reservas por la última solución, ya que el artículo 1.400 de la ley del rito regula supuestos paralelos a los que nos ocupan.

Después de todo, la cuestión no ofrece demasiado interés desde el momento en que, si comparece el opositor, prestando la caución adecuada, se le respeta en su posesión y se anulan las medidas preventivas del Juzgado. La cuantía de esta caución, tan complicada en los casos de arbolado y frutos valiosos, ha de ofrecer serios problemas. Franca-mente, nosotros hubiéramos preferido que se respetaran las medidas preventivas del Juzgado, con intervención del opositor, si le hay, al semillero de dudas e incidentes que se crea por respetar al poseedor. La ley pasa de un extremo a otro con excesiva facilidad.

Otra duda nos ofrece esa caución. De los términos literales de los párrafos 4.º y 5.º del artículo se deduce que el tenedor decae en su derecho tanto si no comparece en los seis días que se le conceden como si no presta la caución adecuada—¿en qué plazo la caución?—para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas. La exigencia nos parece justificada en cuanto a las costas, pero si, como es más que probable, para ahorrarse las exigencias de una voluminosa caución en cuanto a frutos y daños, el opositor prefiere conformarse con la administración ordenada por el Juzgado, es absurdo que reciba tan desigual trato y decaiga en su derecho. Aunque la ley no ha previsto este caso, la justicia de la posición contraria es tan abrumadora, que debe prevalecer ante los Tribunales. *Aequitas in dubito praevallet.*

#### EXCEPCIONES

En la demanda de contradicción, que se formulará en un plazo de diez días—prorrogables, añadimos nosotros, siguiendo las normas generales de la ley—, sólo podrán oponerse las siguientes, que seguirán en la sustanciación los trámites de los incidentes:

1.<sup>a</sup> *Falsedad de la certificación registral y omisión en ella de derechos o condiciones inscritas o constantes en el Registro que desvirtúan la acción ejercitada.*



En la edición oficial, que tenemos a la vista, de donde literalmente la tomamos, creemos que se han padecido dos errores. La conjunción *y* debe ser *u*, y después de la palabra *inscritas*, en vez de *ó* debiera ser *y*, para dar a la frase un sentido acorde y lógico. Como la cosa es de una evidencia absoluta, renunciamos a otras explicaciones.

La excepción está plenamente justificada, y dentro de la similitud que se ha querido dar a este procedimiento con el del juicio ejecutivo, está indicado que sea esta excepción la primera y fundamental, como lo es su análoga del artículo 1.464 de la ley de enjuiciar. Si el título en que el proceso se fundamenta es falso, nulo o ineficaz, no hay por qué continuar. El proceso criminal paralizará al civil, en el primer caso, sin necesidad de que se haya dispuesto en este artículo, y en los otros dos, las ulteriores pruebas que se practiquen determinarán cuál sea en definitiva la resolución procedente.

2.<sup>a</sup> *Poseer el opositor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores, o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito, según el artículo 36.*

Las palabras *por contrato u otra cualquiera relación jurídica* hay que reconocer que son vagas en demasía y que se prestarán a múltiples interpretaciones. Núñez Lagos, en un trabajo—que sería delicioso por la redacción cuidadísima y la alta cultura que revela, sin la mordaz ironía con que trata las cuestiones sobre la posesión—nos dice (*Rev. Legis.*, núm. 4 de este año) que ellas, esas palabras, son “el agujerito por donde se le escapará el gas al proceso de ejecución”; pero no ha querido decirnos los motivos que le impulsaron a escribir esas palabras. En nuestro entender, no hay que sentirse desconectado del espíritu general que preside la ley para llegar a una justa interpretación. Desde luego, descartamos en absoluto que con ellas se haya querido aludir a la relación arrendaticia, como ha sostenido en el número 206-7 de esta Revista el Sr. Gómez Pavón. Las acciones arrendaticias, como las limitaciones legales del dominio, nacen, viven y mueren al margen del Registro, y el legislador no tenía por qué referirse a ellas. Después de la vigencia de las dos últimas leyes sobre arrendamientos rústicos —y no hay por qué referirse a los urbanos—, los asientos registrales son independientes, en absoluto, de la vigencia de los arrendamientos. Por otra parte, el arrendatario posee para el dueño, y si las acciones reales ejercitadas por éste le afectan alguna vez, será por algo inde-

pendiente del vínculo personal que los une; por ejemplo: si el colono o inquilino tratase de crear sobre finca arrendada una servidumbre a favor de otra colindante propia.

A nuestro juicio, la equivocación se padece por la obsesión de ver un tercero en todo nuevo titular, cosa que no es cierta, como todos sabemos. Si el actor es el tercero protegido del artículo 34 de la nueva ley, las relaciones jurídicas entre el titular anterior y el opositor en nada le afectarán, so pena de creer que el legislador, al introducir esta excepción, ha querido provocar un derrumbamiento del sistema, que le dejaría ineficaz en absoluto. En cambio, si el promotor del proceso es un adquirente a título gratuito, lógico es que en nuestro sistema le afecten las excepciones que contra su causahabiente pudieran ejercitarse, todo ello de plena conformidad a lo establecido en el último párrafo del artículo 34. Duro se nos hace opinar que con esta interpretación pueda discutirse en un procedimiento sumario si el titular inscrito tiene o no buena fe, requisito esencial que la nueva ley ha tomado de la jurisprudencia para que se le considere o no tercero; pero aun creyendo que al adquirente a título oneroso ha debido ahorrarse esta explicación en procedimiento tan urgente, que estaría bien en un proceso ordinario, pero que en éste podía suplirse por la presunción *juris tantum* impuesta por el mismo artículo, confesamos que no vemos otra explicación más adecuada al texto de la ley.

En pocas palabras. La alegación de relaciones jurídicas con un titular anterior no desinflará el proceso de ejecución. Será preciso que se prueben, como la falsedad o inexactitud de la certificación, y que el titular actor no sea un tercero protegido por el sistema hipotecario, inmunizado contra ellas.

Otro tanto como lo que decimos de la buena fe diríamos de la prescripción que el párrafo que comentamos permite alegar al opositor. Como ha dicho con gran acierto La Rica, aunque la resolución del Juez no prejuzgue los derechos de las partes, ha de pronunciarse forzosamente sobre su procedencia o improcedencia, sobre si se ha consumado o no, y si debe perjudicar al titular inscrito; problemas arduos, impropios de este procedimiento sumario. Se nos dirá, agregamos nosotros, que también el opositor a la demanda ejecutiva puede alegarla, conforme al artículo 1.464 de la ley; pero no hay que olvidar que en este último caso se trata de derechos personales, de recibos y firmas de fáciles probanzas, mientras que la prescripción sobre inmuebles es

muchas veces de las cuestiones de más compleja prueba. Además, con la dificultad que para el acceso a los Tribunales tienen los documentos no inscritos, en virtud del nuevo artículo 355 de la ley, va a resultar en la práctica que hasta en un procedimiento sumario de protección al dueño inscrito, y contra la *fides pública* de la certificación y de la presunción de legitimidad que establece el artículo 24, puede prevalecer una prueba testifical, única posible por parte del usucapiente, a pesar de las restricciones que contra la misma establecieron los autores del Código civil y de la ley en sus artículos 1.248 y 659, respectivamente.

¡Cosa curiosa, en verdad, la de la nueva ley, que lanza sus anatemas contra los pobres poseedores de buena fe, que se acogían al expediente posesorio para inscribir sus legítimos títulos, para protegerlos después, como poseedores *contra tábulas*!

3.<sup>a</sup> *Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del opositor.*

Nos parece totalmente justa esta excepción. Aunque el opositor la tenga inscrita en posesión y, en general, sea cualquiera el motivo que haya dado lugar a la doble inmatriculación, hay una causa grave que no debe ventilarse en procedimiento sumario. Ciertamente que no bastará alegarlo, y como en la inmensa mayoría de los casos las descripciones no serán idénticas, a cargo del opositor quedará la prueba. Las cuestiones a que puede dar lugar serán, seguramente, muy complejas, y tan variadas que no es posible abarcarlas en esta rápida ojeada.

4.<sup>a</sup> *No ser la finca inscrita la que realmente posea el opositor.*

Al contrario que la excepción anterior, ésta prevé el supuesto totalmente adverso: que la finca inscrita no se identifique bien sobre el terreno, que la realidad jurídica no coincida exactamente con la situación o realidad física y el opositor niegue la identidad. Realmente, este supuesto donde se dará con frecuencia será cuando por este proceso se ejercite una reivindicación de inmueble rústico cuyos linderos, y en las parcelas laborables hasta su formato o figura, su perímetro, por haberla agrupado físicamente el colono a otra colindante propia, rompiendo la linde que las separaba, están sujetos a constantes alteraciones. Pues bien: quíerese o no, es en este frecuente supuesto cuando más patente se manifiesta la ventaja que al actor concede la reforma.

La acción que con más desusado pánico ejercitamos los letrados es la reivindicatoria de inmuebles, y ello es así por la inexcusable exigencia de la perfecta identificación. Los otros dos requisitos que para

el éxito se precisan: justo título y dirigirse contra el supuesto detentador, son problemas fáciles, pero la identificación es un problema de hecho, complicado y abstruso, cuya perfecta probanza exige estudio detenidísimo y un cuidado especialísimo de la prueba. Me refiero a fincas pequeñas, cuyos problemas son más frecuentes tanto por su número como por afectar a mayor número de propietarios, y en definitiva, por regla general, por estar situadas en las regiones más prósperas del suelo de la nación.

En el procedimiento que comentamos, los términos del problema se alteran y el dueño inscrito se coloca en situación de demandado, cargando la prueba sobre el opositor. Se nos dirá, y es evidente ello, que desde el momento en que la identificación está en entredicho, el titular registral deberá aportar también las pruebas de que disponga para reforzar su privilegiada posición, ya que en definitiva, como en la gran mayoría de los pleitos, lo que separa a los colitigantes es una cuestión de hecho; pero esto no había posibilidad de evitarlo.

Si del Derecho alemán pudo decir Wolff que el Registro inmobiliario sólo cubría las inscripciones de derechos, pero no las de hechos, y en el Derecho suizo, según Wieland, la fe pública no se refiere sino a las inscripciones, es decir, a las indicaciones relativas a derechos reales y anotaciones, y de los hechos a los límites y planos, pero no a otras indicaciones de hecho, cabida, etc., en España, mientras el Registro se funde exclusivamente en datos que los interesados faciliten, sin comprobación sobre el terreno y sin conexión alguna con los amillaramientos y avances catastrales—que, además, sería inconveniente, porque los datos físicos de las parcelas fiscales tampoco son exactos, ni mucho menos—, hay necesidad de andar con pies de plomo en estas cuestiones, aunque a veces, como apunta D. Jerónimo González (*Principios hipotecarios*, pág. 167) resultará difícil determinar si para una litis determinada los datos son jurídicos o de mero hecho y la agregación de varios metros de terreno, los límites de dos fincas, el ancho de una servidumbre, etc., quedarán al amparo del principio de publicidad en muchos casos como declaraciones trascendentales.

En fin de cuentas: aunque en España, por la frecuente petrificación de las características que individualizan los predios en los asientos registrales, por la incuria de los propietarios, sea más fácil la tarea del opositor en estas litis tendiendo a demostrar la semejanza de la finca registrada con aquella sobre la que el mismo ostenta el señorío de

hecho que la del actor en un juicio de reivindicación, a quien la jurisprudencia uniforme del Tribunal Supremo exige inexcusablemente la demostración de la absoluta identidad, ello no quita el inmenso valor que en la práctica forense tiene la inversión de la prueba, favoreciendo extraordinariamente al titular registral su posición en la litis.

Con lo expuesto no pretendemos haber apurado, ni muchísimo menos, los problemas que suscita el ejercicio de esta acción. Otros muchos quedan y algunos son insolubles, por ahora, hasta que la ley concordada o el reglamento los solucionen. Competencia, como se cumplirá la exigencia del último párrafo de este artículo, de que se dicte sentencia en caso de no existir oposición, recursos procedentes contra el fallo, pruebas admisibles — ¿se asimilará este proceso a los interdictos? —, costas, cómo de hecho, por la exigencia de la caución, el opositor no puede gozar el beneficio de pobreza legal, aunque no le está prohibido, pero evitará temerarias oposiciones, etc., etc. Esto no obsta para que la reforma merezca sinceros elogios. El que el dueño inscrito pueda llegar a la efectividad de su derecho, al *ponimiento de pies*, como decían las Partidas, incluso con lanzamiento del tenedor extrarregistral, y quizá a costa de éste, es algo que hace breves años nos parecía un sueño. Felicitémonos.

DOMINGO ENRÍQUEZ LÓPEZ.

Registrador de la Propiedad.  
Abogado del I. C. de Madrid.

# Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

NO SE REPUTA SUPUESTO DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL NI DE CREACIÓN DE UNA NUEVA PERSONALIDAD JURÍDICA A LA QUE, POR VÍA DE TRANSMISIÓN UNIVERSAL O EN BLOQUE, SE ATRIBUYEN LOS BIENES, DERECHOS Y ACCIONES DE LA PRIMITIVA.—PROBLEMA DE IDENTIFICACIÓN, A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA.

*Resolución de 12 de diciembre de 1945. 3B. O. de 7 de marzo de 1946.*

Los antecedentes de esta resolución son los mismos que los de la de 5 de noviembre de 1943, que fueron extracciados en el número 188, correspondiente a enero de 1944, de esta REVISTA.

Reconociéndose en la misma que el Notario autorizante se halla legitimado para interponer el recurso gubernativo, hemos de consignar—para el perfecto conocimiento de lo actualmente resuelto—que el mismo alegó «que el 7 de agosto de 1922, ante el Notario de Santander D. José Santos Fernández, se constituyó una Compañía mercantil con domicilio en Escobedo, que giraría bajo la razón social de «Canteras de Escobedo, Bezanilla, Entrecanales y Peña, Sociedad de responsabilidad limitada», de la que eran socios D. Venancio y D. Florencio Bezanilla Haya, D. Faustino Entrecanales Reigadas y D. Cesáreo Peña López; que esta escritura se inscribió en el Registro Mercantil, y como entre los bienes aportados figuraban inmuebles, en el de la Propiedad; que en 4 de septiembre de 1923, por escritura ante el mismo Notario, Sr. Santos Fernández, el socio D. Faustino Entrecanales Reigadas cedió a

D. Venancio Bezanilla Haya la cuarta parte que le correspondía en la Sociedad, con todos los derechos dimanantes de la participación, escritura que también fué inscrita en el Registro Mercantil; que en 5 de abril de 1926, D. Faustino Entrecanales y Reigadas, en nombre propio, y D. Florencio Bezanilla, en el de la Sociedad, otorgaron nueva escritura, por la que transmitía D. Faustino a la Sociedad, por título de venta, el derecho a retraer que se había reservado en la de 4 de septiembre de 1923 y una finca rústica de que era dueño y que en la escritura se describe, consignando en una de las estipulaciones que por el hecho del otorgamiento «queda el Sr. Entrecanales totalmente desligado de la Sociedad, sin que pueda exigírsele el cumplimiento de las obligaciones que allí contrajo», y en otra que, «como consecuencia de la separación de que habla la cláusula anterior, la razón social de la Sociedad será, en lo sucesivo, «Canteras de Escobedo, Bezanilla y Peña», escritura que fué inscrita en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad; que en 16 de octubre de 1941, los Sres. Bezanilla y Haya y Peña López, fundadores de la Compañía mercantil primitiva, y doña Trinidad Llata Salas, viuda del otro socio, D. Venancio Bezanilla Haya, en representación de sus hijos menores, requirieron al Notario D. Amalio Arri Postigo para que testimoniara el acta de la reunión celebrada por los nombrados tres señores, que afirmaron ser los únicos interesados en la Compañía «Canteras de Escobedo, Bezanilla y Peña, Sociedad de responsabilidad limitada»; que en la expresada acta aparece que en la sesión celebrada se dió cuenta de las ofertas de compra de las canteras; se ratificó el nombramiento de gerente a favor del socio superviviente D. Florencio Bezanilla Haya, por muerte del anterior, y a quien, por tanto, le corresponderían la dirección, administración y contabilidad de la Compañía y facultades que se especifican, y que el Notario que autorizó la escritura de venta origen del recurso apreció la capacidad de las partes, con conocimiento de los asientos practicados en los Registros Mercantil y de la Propiedad».

La Dirección, confirmando en parte el auto presidencial que acordó mantener la nota del Registrador, declara que la escritura calificada no se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales,

«Considerando que las alteraciones o modificaciones de los Esta-

tutos o pactos por que se rige la Compañía mercantil, tan frecuentes en la moderna vida económica, apenas encuentran en el ordenamiento jurídico preceptos directamente aplicables a la mayoría de los casos en que la estructura del organismo sufra una mutación esencial, como decía el anteproyecto de reforma del Código, por lo que es necesario apelar a los principios generales, a los usos de comercio y a la práctica notarial para decidir los diversos supuestos o cuestiones planteadas, y tutelar los intereses legítimos de la economía nacional, del Fisco, de los socios, de los acreedores y los de terceros en general ;

Considerando que si se dejan a un lado los casos en que la Sociedad primitiva haya perdido por incorporación a otra, por fusión, consolidación, agregación o cualquier otra figura, su propia personalidad, puesto que el problema discutido no cae dentro de esa esfera, y si igualmente se prescinde de cuanto haga referencia a la manera de convertir una asociación o compañía, previa disolución, en otra de distinta naturaleza jurídica, queda un problema ya más directamente relacionado con el fondo de este recurso, o sea el relativo a la posibilidad de transformar una sociedad en otra de igual clase, sin establecer separación de patrimonios ni una verdadera sucesión universal entre dos organismos que se continúan en el tiempo y en los negocios ;

Considerando que, por lo que se refiere a la modificación de circunstancias características de las sociedades mercantiles que no provoque la extinción o desaparición de las mismas ni altere fundamentalmente su estructura, como la mutación de la sede social cuando no lleve aparejada un cambio de nacionalidad o la alteración prevista en los Estatutos de los fines u operaciones a que se destine el capital, puede afirmarse que, en la vida financiera y en la práctica notarial, no se reputa supuesto de disolución ni de creación de una nueva personalidad jurídica a la que, por vía de transmisión universal o en bloque, se atribuyen los bienes, derechos, acciones y deudas de la primitiva ;

Considerando que cualesquiera que sean las dificultades con que se tropieza en el Derecho español para regular la sociedad de responsabilidad limitada y sin necesidad de resolver el problema de sus orígenes y analogías, es indudable que la llamada *razón social* de la misma parece más bien *denominación de la Compañía*, porque



a ninguno de los socios en ella incluídos sè les puede exigir responsabilidad superior a la cuantía de su respectiva aportación, ni les es aplicable el artículo 147 del Código Mercantil, ni se les autoriza para firmar como no sea con el aditamento de «Compañía de responsabilidad limitada» ;

Considerando que, enfocado así el problema discutido en este recurso, hay que concluir con la afirmación de que la inscripción del apellido *Entrecanales* conservando los otros, lejos de implicar una transformación tan radical como la de un cuadrilátero en triángulo, según frase gráfica del Registrador, plantea un simple problema de identificación, a los efectos del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, como el relativo a la enajenación de una finca por el titular que, después de inscrita a su favor, obtiene la modificación de su nombre o apellidos sin alterar, como es congruente, ni en un ápice su propia personalidad ;

Considerando que si por tales motivos ha de rechazarse la tesis propugnada por la calificación, es necesario reconocer que por no haber acompañado el presentante del título de compraventa los documentos que prueban la modificación de la denominación social, ni haberse consignado en aquel título los detalles que el recurrente suministra en el escrito de interposición, procede estimar el defecto de no haberse acreditado que, por separación del socio D. Faustino Entrecanales y Reigadas, la razón social «Canteras de Escobedo, Bezanilla y Peña» viene usándose legítimamente desde la escritura de 5 de abril de 1925, para operar en nombre de «Canteras de Escobedo, Bezanilla, Entrecanales y Peña».

Ratifica el Centro directivo la trayectoria marcada por el mismo en esta cuestión de transformación de sociedades, en su decisión de 15 de diciembre de 1944, conteste, por otra parte, con los más reputados tratadistas italianos : así, Scialoja, para el que tales cambios no constituyen disolución de sociedad vieja y constitución, en su lugar, de una nueva, sino continuación de la preexistente en una nueva forma : Salandra, según el cual la transformación no está sometida a las formalidades necesarias para la constitución de una sociedad nueva : Vivante, para el que la *forma*, la *función instrumental*, es secundaria, comparada con los fines secundarios que los socios persiguen, etc.

Massa sostiene, sin embargo, que contra el acto de transforma-

ción compete a los acreedores sociales el derecho de oposición. Más bien—diríamos nosotros—la acción revocatoria.

También en nuestra patria, Gay de Montellá parece seguir la doctrina italiana.

ACCIÓN PAULIANA: EL TRIUNFO DE LA MISMA EN NINGÚN CASO PUEDE CONVERTIRSE EN FUENTE DE DERECHO PARA EL DEUDOR NI SERVIRLE DE FUNDAMENTO PARA INVOCAR EN PROVECHO PROPIO LA INEFICACIA DEL ACTO FRENTE AL TERCERO CON QUIEN HABÍA CONTRATADO.—CANCELACIÓN CONDICIONAL: EN BUENOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS NO PARECEN ADMISIBLES CANCELACIONES SUJETAS A LIMITACIÓN O CONDICIONAMIENTO, YA QUE LOS ASIENTOS DE ESTA CLASE, POR SU CARÁCTER ABSOLUTO, POR SU FINALIDAD Y POR SUS EFECTOS, QUE NO SON OTROS QUE TACHAR, BORRAR O DEJAR HIPOTECARIAMENTE SIN VIDA LOS DERECHOS INSCRITOS, NO CONSIENTEN LA SIMULTANEIDAD DE LA EXTINCIÓN Y LA EXISTENCIA.

*Resolución de 27 de diciembre de 1945. "B. O." de 15 de marzo de 1946.*

Por escritura autorizada en Oviedo el 19 de abril del año 1933, D. F. A. vendió a D. L. G. P. un trozo de terreno, en el que existía construída una casa, escritura que fué inscrita en el Registro de la Propiedad de Belmonte. Promovida demanda de menor cuantía contra dichos señores por D. G. A., en reclamación al primero de 12.500 pesetas y contra los dos demandados para que se declarase sin eficacia y rescindida la venta antes mencionada, por considerarla el demandante como efectuada en fraude de sus derechos, recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo declarando haber lugar en parte a dicha demanda y, en consecuencia, "rescindida y sin valor ni efecto legal la venta a que se contrae la expresada escritura de 19 de abril de 1933, salvo en cuanto se refiere a la enajenación de la finca y hasta donde alcance a cubrir el crédito que el demandante tiene contra el señor F. A., con la consiguiente nulidad de la inscripción del repetido inmueble a favor del otro demandado, D. L. G. P.". En cumplimiento de lo acordado, dirigióse mandamiento—por el Juzgado de Primera

Instancia—al Registrador, ordenándole la cancelación de la inscripción de venta, lo que tuvo lugar mediante *inscripción de cancelación*, en la que, además de transcribirse la parte dispositiva del fallo, se hizo constar: "En su virtud, queda cancelada la citada inscripción segunda en cuanto hace relación a la nulidad de la venta efectuada sobre esta finca y supeditada a las causas referidas." Practicada la cancelación, obtuvo el demandante mandamiento de embargo contra D. F. A.—que produjo la anotación correspondiente—para responder de 12.500 pesetas de principal y 3.500 más para intereses y costas. Y así las cosas, en las diligencias de ejecución de la sentencia antes mencionada se presentó escrito por determinado Procurador, en nombre del actor y suscrito también por la viuda (obrando por sí y en nombre de un hijo menor) del demandado—adquirente de la finca—D. L. G. P., como herederos de ésta, en el que hacían constar que el actor había recibido de los expresados herederos el importe del crédito reclamado, con lo que quedaba terminado el litigio, circunstancia que debía ponerse en conocimiento del Registrador de Belmonte, porque tal pago implicaba el incumplimiento de la causa o condición a que se supeditaba la ineficacia de la escritura de venta otorgada por los demandados, terminando con la súplica de que se expidiese mandamiento al indicado funcionario para que éste hiciese constar, mediante el correspondiente asiento y con referencia a la cancelación causada en virtud del fallo de la Audiencia, que el acreedor había hecho efectiva la totalidad del crédito, solicitando al propio tiempo la cancelación de la anotación de embargo de que antes se ha hecho referencia. Accediendo a lo solicitado, se dictó por el Juez de Primera Instancia de Oviedo providencia ordenando se librase exhorto en la forma pedida, y en su cumplimiento, el Juez de Belmonte expidió el oportuno mandamiento. Pero considerando los instantes que en el anterior mandamiento no se había especificado la clase de asiento que debía practicarse para dar a conocer que el demandante había hecho efectivo su crédito y para dar constancia registral al derecho que tenía D. L. G. P., hoy sus herederos, a disponer libremente de la finca, presentaron nuevo escrito en solicitud de lo expuesto, a lo que accedió el Juzgado por otro mandamiento, en el que, además, se especificaba se extendiese una nota al margen de la cancelación producida como consecuencia del tantas veces mencionado fallo, dejándola sin efecto por haber quedado extinguido y cubierto el crédito del actor, hecho a que se supeditaba la

rescisión de la compraventa, como comprendido el caso en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria.

Presentados en el Registro de la Propiedad de Belmonte ambos mandamientos, en el primeramente citado se puso por el Registrador la siguiente nota: "Denegada la inscripción del presente mandamiento, al que hay que considerarlo como formando parte de otro, en el que se ordena la nulidad de la cancelación de un asiento, ya que no es congruente con los asientos del Registro, donde no hay ninguna inscripción de crédito, sino la cancelación de un asiento decretado por sentencia resolutoria de un juicio, tras cuya cancelación revivieron en el Registro los derechos del primitivo titular, y, por tanto, cualquiera modificación que se intente no puede basarse en una simple providencia, ya que el caso rebasa y cae fuera de la aplicación del artículo 83 de la Ley." Y en el segundo de dichos mandamientos se puso otra nota del tenor siguiente: "Denegada la inscripción del precedente mandamiento por tratarse de una simple providencia, insuficiente para invalidar la cancelación de un asiento decretado por sentencia resolutoria de un juicio, tras cuya cancelación revivieron en el Registro los derechos del primitivo titular, caso, por tanto, que rebasa y cae fuera de la aplicación del artículo 83 de la Ley."

Interpuesto recurso, la Dirección, ratificando el auto del Presidente de la Audiencia, que revocó las calificaciones y notas del Registrador, sienta la brillantísima doctrina siguiente:

Que para la determinación de los efectos de la acción pauliana se hace preciso distinguir el supuesto de haber sido ejercitada por el comisario, síndico o gestor de una colectividad de acreedores, del caso en que se haya instado por un acreedor individual, dado que en la primera hipótesis, a semejanza de lo que acontecía en el Derecho romano mediante la intervención del *curator bonorum*, el provecho resultante de la declaración de ineficacia del acto fraudulento ha de extenderse a todos los créditos reconocidos contra el *fraudator*, lo que no ocurre en la segunda de dichas hipótesis, porque a consecuencia de la relatividad de la cosa juzgada, que no consiente que los pronunciamientos redunden en pro ni en contra de los que no han sido parte en la litis, el beneficio derivado de la revocación sólo es atribuible al acreedor que instó el procedimiento.

Que al ser doctrinalmente reputada como finalidad esencial de la acción pauliana la de colocar los bienes objeto de la enajenación frau-

dulenta en situación de que puedan ser perseguidos y ejecutados por el acreedor, al logro de esta finalidad provee la jurisprudencia propugnando, ora el ejercicio de una *actio utilis*, bien la rescisión del acto traslativo, ya la ineficacia del mismo, pero siempre cabe estimar suficiente a tal objeto la atribución al acreedor de una facultad ejecutiva sobre los bienes enajenados, de tal especie que le permita aplicar su valor, como masa de embargo, a la satisfacción del crédito en la medida necesaria para cubrirlo, concediéndole para ello la autorización precisa, y en su virtud ha de entenderse que, una vez a salvo su interés, subsiste en lo posible el contrato celebrado entre el deudor que enajenó en fraude y el tercero que adquirió, sin que en ningún caso el triunfo de la acción pueda convertirse en fuente de derecho para el deudor ni servirle de fundamento para invocar en provecho propio la ineficacia del acto frente al tercero con quien había contratado.

Que en el caso del recurso se procedió así al declararse en la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo la ineficacia de la venta en lo que fuera necesario para dejar a salvo los derechos del acreedor; mas en la ejecución registral del fallo se cometió el error de ordenar—y de extenderse—, en vez de una inscripción modificatoria de la titularidad de disposición, una cancelación "condicional" de la última inscripción de dominio que no debió hacerse, porque en buenos principios hipotecarios no parecen admisibles cancelaciones sujetas a limitación o condicionamiento, ya que los asientos de esta clase, por su carácter absoluto, por su finalidad y por sus efectos, que no son otros que tachar, borrar o dejar hipotecariamente sin vida los derechos inscritos, no consienten la simultaneidad de la extinción y la existencia.

Que, no obstante, en el caso del recurso se extendió una cancelación condicional originadora de una situación registral firme, por hallarse los asientos del Registro bajo el amparo de los Tribunales de Justicia, situación de hecho que ha debido ser tenida en cuenta por el Registrador al proceder a la calificación de los mandamientos presentados y que impide la discusión acerca de si debió o no debió ser extendida en tales términos.

Que, aunque en principio, podría estimarse que una providencia no es el mandato adecuado a la complejidad y trascendencia de los pronunciamientos obtenidos como consecuencia de los pedimentos de las partes, en el caso presente es procedente admitirla por tratarse de

la ejecución de un fallo que puso fin a un juicio declarativo, que en cierto modo facilitaba la reintegración del comprador en su puesto una vez que el acreedor hubiera sido satisfecho.

Que la inscripción de la compraventa por consecuencia de la cancelación condicional quedó sometida a la condición resolutoria de que el acreedor, en uso del derecho que se le reconocía, instare la ejecución y apremio de la finca y su consiguiente venta judicial, y como esta situación no sólo no ha tenido realidad, sino que, por el contrario, el pago se halla autenticado en autos por la manifestación del acreedor, hay que reconocer que, justificado el incumplimiento de la condición que amenazaba al comprador con la pérdida total y definitiva de su derecho de propiedad, debe ser consignada esta circunstancia en el Registro mediante una nota marginal, conforme a lo prevenido en el párrafo primero del artículo 16 de la Ley Hipotecaria.

\* \* \*

Todo en esta Resolución—en cuanto a sus antecedentes—es confuso y extraordinario: el fallo recaído, que tras declarar “sin valor legal la venta” (*¿simulación?*), salva “en cuanto se refiere a la enajenación de la finca hasta donde alcance a cubrir el crédito del actor” (*¿revocación o acción pauliana?*), pero declarando seguidamente “nula” la inscripción a favor del adquirente del inmueble: la cancelación efectuada, “supeditada a las causas referidas” (esto se llama “curarse en salud”, archicómoda manera de llevar los Registros); la nueva puesta en vigor—por así decirlo—con el recurso arbitrado (la nota del artículo 16) de lo ya extinto, desaparecido...

Es perfectamente comprensible—y muy justificada—la nota o notas del Registrador. A primera vista, y con su criterio—que reconoce el Centro Directivo—de no poder existir cancelaciones condicionales, todo el caso debatido se reduce a una simple mecánica registral. Pero no tuvo en cuenta algo fundamental: que los asientos del Registro—bien o mal extendidos—se hallan bajo el amparo de los Tribunales y la situación de hecho que originan ha de tenerse en cuenta para calificar.

Por ello, quizá incidiendo en los contradictorios balbuceos de técnica que hemos señalado—sobre los que el calificador no paró mientes—, y con la vista en la oración final del fallo que declaró *nula* (sin otra cortapisa) la inscripción del adquirente, sin fijarse en nada en la suerte de cancelación extendida, hubiera hecho triunfar su criterio.

Porque todo eso de la acción pauliana ha venido después, o mejor, se ha sacado a relucir después. Examínanse por el recurrente—en el escrito de interposición—cuáles serán los resultados de esa acción, que—en verdad, por mucho que se quiera adornar el argumento—no se compagina cumplidamente con lo indeciso del fallo.

En éste—repetimos una vez más—se concluye declarando definitivamente *nula* la inscripción a favor del adquirente. Y tan está en el ánimo del actor que así es lo prueba que se apresura a solicitar—y obtener—anotación del embargo para garantizar su crédito sobre la inscripción—o titularidad—rediviva del transferente (no sabemos si llamarle *fraudator*). Pues—insistimos—conforme al repetido fallo y de lo que se desprende de sus términos, la entablada lo mismo podía ser la acción *pauliana* o *revocatoria* que la de *simulación*. Nada se especifica y en él todo se embarulla.

Con la simple anotación de la demanda es como mejor y con toda limpidez hubiera funcionado aquella acción—la pauliana—, cuyos efectos perfila de forma impecable el Centro Directivo.

“La acción pauliana—dice Roca Sastre, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 200, 1946—, como todas las rescisorias, tiene la condición de subsidiaria (art. 1.294) y la misma puede ser detenida satisfaciendo el importe del crédito perjudicado. La finalidad práctica de la acción pauliana es reparar el daño causado por la enajenación fraudulenta, y de ningún modo sancionar un acto reprobable.”

“La acción declaratoria de *simulación* es una acción de *inexistencia*—escribe Puig Peña, *Revista de Derecho Privado*, septiembre y octubre de 1945—, mientras que la *pauliana* es una simple acción de *revocación*. En la simulación, las partes aparentan verificar una enajenación que en realidad no existe: en el negocio fraudulento las partes *quieren efectivamente realizarlo*, con el fin de sustraer los bienes a la persecución del acreedor. En aquélla, el deudor engaña al acreedor realizando una *venta fingida*; en ésta, lo engaña quitando de en medio los bienes que posee, para que cuando aquél intente perseguirlos se encuentre con que en realidad no existen. Como decíamos, el Tribunal Supremo venía lamentablemente confundiendo la simulación con el fraude (Sentencias de 9 de julio y 13 de diciembre de 1913, 8 de julio y 19 de diciembre de 1916, 12 de marzo de 1919); pero, a partir de 1920, establece ya perfectamente las diferencias. Una Sentencia de 12 de noviembre de este año determinó que no es dable confundir

un contrato simulado con uno rescindible, toda vez que la simulación significa la inexistencia del contrato, al contrario de lo que ocurre con los segundos, en los que, *supuesta su realidad y certeza*, es obligado examinar las condiciones de su celebración para resolver acerca de la procedencia o improcedencia de la rescisión, examen absolutamente improcedente cuando *el contrato no ha existido*, ya que de la inexistencia no se puede deducir más consecuencias jurídicas que las que necesariamente se derivan de esta misma inexistencia. La doctrina posterior del Tribunal Supremo sigue esta misma orientación insistentemente (26 de octubre de 1934, etc.) ..."

También—como bibliografía moderna—puede consultarse a Martín Retortillo, *La lucha contra el fraude civil*. Bosch, Barcelona, 1943,

G. CÁNOVAS COUTÍNO.

Registrador de la Propiedad.



# MANUEL DEL PALACIO

MAQUINAS DE ESCRIBIR  
SUMAR Y CALCULAR

TALLER DE REPARACIONES

PLAZA DE CANALEJAS, 6

•

TELEFONO 18435

MADRID



# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha  
31 de octubre de 1944.*

DEBE LIQUIDARSE COMO CONTRATO DE OBRAS Y NO COMO TRANSMISIÓN DE BIENES MUEBLES, AQUEL POR EL QUE SE CONCIERTA LA CONSTRUCCIÓN DE UN BUQUE CON MATERIALES SUMINISTRADOS POR EL ARMADOR, SIN QUE ESA CALIFICACIÓN LA DESVIRTÚE UNA CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR EL CONSTRUCTOR A LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA NAVE EN EL REGISTRO DE BUQUES.

*Antecedentes.*—En documento privado se estipuló entre una Empresa constructora de buques y un armador la construcción de un vapor de pesca, obligándose aquélla a realizar todos los trabajos de construcción, y el armador a suministrar todos los materiales.

Tal documento fué presentado a liquidación acompañado de una certificación expedida por la Compañía constructora, a los efectos de la Ley de Hipoteca Naval y de los Reglamentos del Registro Mercantil y del de la Ley de Crédito Naval, haciendo constar las características del buque, máquinas, etc., y coste.

El contrato fué liquidado como transmisión de "Muebles" al 2,50 por 100, y la liquidación impugnada como errónea por suponer que el constructor aportó los materiales, siendo así que no había dato ni elemento alguno de juicio en que fundar tal presunción. Se sostuvo que se trataba de un contrato de obras.

En el informe del Liquidador se justifica la liquidación diciendo que la certificación antes aludida expresa la calidad de los materiales sin aludir a que hayan sido suministrados por el armador.

Confirmada la liquidación por el Tribunal E. A. provincial, es revocada por el Central, el cual califica el contrato como de ejecución de obras, dado que consta claramente que el armador había de suministrar los materiales, no habiendo, por tanto, transmisión alguna de dominio en cuanto a ellos.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 7 de noviembre de 1944.*

ES PROCEDENTE LA DEVOLUCIÓN DE HONORARIOS CORRESPONDIENTES A LIQUIDACIONES ANULADAS, YA QUE LA ANULACIÓN IMPLICA CLARAMENTE QUE FUERON ILEGALES. ES ASIMISMO PROCEDENTE LA DEVOLUCIÓN DE LA PARTE DE MULTA CORRESPONDIENTE A LA DIFERENCIA ENTRE EL IMPORTE DE UNA LIQUIDACIÓN ANULADA Y EL DE LA GIRADA EN SUSTITUCIÓN DE ELLA, AUN EN EL CASO DE QUE LA MULTA NO FUESE IMPUGNADA CONJUNTAMENTE CON LA LIQUIDACIÓN.

*Antecedentes.*—El Tribunal Central había acordado, conociendo de dos recursos ante él planteados, la nulidad de ciertas liquidaciones y la práctica de las procedentes fundado en no haberse hecho deducción de cuotas pagadas por caudal relicto, con lo cual tenía que reducirse consiguientemente la base liquidable y girar nuevas liquidaciones.

Estas habían sido ingresadas con el 10 por 100 de multa por retraso en el pago, y los interesados instaron la devolución de la aludida multa que ascendía a más de 11.000 pesetas.

La Abogacía del Estado informó y propuso en ejecución de lo mandado por el Tribunal Central la devolución de la diferencia de cuotas en cuantía de más de 85.000 pesetas entre las liquidaciones nuevas y las anuladas, e informó que era improcedente la devolución de los honorarios correspondientes a éstas con el apoyo en el apartado 4.º del artículo 209 del Reglamento.

El Delegado de Hacienda acogió la propuesta y nada resolvió en cuanto a las multas.

Contra esa falta de acuerdo y contra la denegación de la devolución del importe de los honorarios interpuso recurso ante el Tribunal provincial el interesado, diciendo que la negativa a la devolución de hono-

rarios se apoyaba en una equivocada interpretación del artículo 209 del Reglamento en su apartado 4.º, el cual no puede referirse a aquellos casos como el actual en que se acuerda la nulidad de las liquidaciones, porque ello supone necesariamente que no fueron legalmente practicadas. Tal precepto se refiere—sigue diciendo el recurrente— a aquellos casos en que el importe de la liquidación hay que devolverlo por circunstancias ajenas a la misma, tales como cuando se da lugar al cumplimiento de condiciones resolutorias, revisión o nulidad de contrato, etcétera, y además sería injusto que la nueva liquidación que la Oficina liquidadora tenga que practicar sin culpa de los interesados, devengue honorarios, dando así lugar a una doble exacción.

El Tribunal provincial denegó las devoluciones pedidas. La de honorarios por considerar acertadamente aplicado el citado artículo 209, y la del importe de las multas impuestas por falta de pago en plazo, por entender que se trataba de un acto administrativo independiente de las liquidaciones anuladas, motivado por el ingreso extemporáneo de éstas, cuyas multas, por otra parte, no fueron impugnadas dentro del plazo.

El Tribunal Central revoca el acuerdo del provincial y ordena devolver el importe de los honorarios de que se trata, y en cuanto a las multas estima que debe devolverse la parte proporcional de las mismas que corresponde a la diferencia entre las liquidaciones anuladas y las practicadas en su sustitución.

El razonamiento del Tribunal es el siguiente: es cierto que el apartado 4.º del artículo 209 del Reglamento ordena que “cuando se trate de liquidaciones legalmente practicadas, la devolución, cualquiera que sea la causa que la motive, no comprenderá, en ningún caso, las cantidades satisfechas por multas, intereses de demora y honorarios”, pero no ha de olvidarse que esa prevención solamente puede tener efecto cuando se trate de liquidaciones bien hechas, es decir, legalmente practicadas y que ello, no obstante, sea necesario devolver en todo o en parte, las cantidades liquidadas e ingresadas, como ocurre, por ejemplo, en los actos y contratos sujetos a condiciones resolutorias cuando ellas se cumplen, o también en los casos de adjudicación de bienes para pago de deudas si el adjudicatario acredita haberlos cedido al acreedor en solvencia del crédito o enajenado con ése objeto en el término de un año, y en otros que el Reglamento determina. En todos ellos es indudable que las liquidaciones fueron giradas reglamentariamente,

pero en todos aquellos otros en que, como ocurre en el supuesto de que se trata, es necesario anularlas para que se practiquen otras en forma reglamentaria, claro está que el aludido precepto no puede ser aplicado.

En cuanto a la devolución de la multa ingresada por retraso en el pago de las liquidaciones anuladas, dice el Tribunal que cuando esa liquidación por multa se practicó, era exigible legalmente tal responsabilidad, y, por tanto, era lógico que los interesados no reclamaran entonces contra ella, y lógico es también que al dilucidar la devolución de las liquidaciones anuladas, se dilucide si la multa consecuencia de ellas debe devolverse o no.

Esto supuesto, añade que la misma razón existe para devolver los honorarios que la multa, y por ello no era necesario que se solicitara especialmente la devolución de ésta, pero como en virtud del acuerdo del Delegado de Hacienda sólo se devuelve la parte de las liquidaciones anuladas representada por la diferencia de cuotas entre las nuevas liquidaciones y las anuladas, es claro que quedó firme el ingreso de las cantidades no devueltas, y claro también que la parte de multa a ellas correspondiente resulta reglamentariamente impuesta porque el ingreso de tales cantidades se hizo después de transcurrido el plazo reglamentario de pago, cosa que no ocurre con la multa, que se refiere a la cantidad que se manda devolver, puesto que al reconocer que no debió exigirse, ni por tanto, ingresarse, no puede sostenerse que hubo retraso en su pago.

*Comentarios.*—La primera parte de la Resolución que examinamos es perfectamente lógica y reglamentaria. Por liquidación "legalmente practicada", como dice el apartado 4.º del artículo 209 del Reglamento, no puede entenderse sino aquella que no tenga defectos de forma y que la Administración tenga derecho a practicar, aplicando preceptos reglamentarios, y todas aquellas otras en las que haya errores materiales, errores de concepto o de aplicación de tipos o, en general, aplicación torcida de preceptos reglamentarios, adolecerán de vicios que las hacen nulas e ilegales, o lo que es lo mismo, no legalmente practicadas y jurídicamente ineficaces.

En cambio no podemos prestar la misma plena conformidad a la segunda parte de la tesis que el superior Tribunal sienta, cuando dice que el ingreso de la parte no devuelta de las liquidaciones anuladas quedó firme y le afecta la parte proporcional de la multa impuesta por falta de pago en plazo.

Para nosotros la liquidación de un determinado acto es un todo que no se puede descomponer y fragmentar. No se puede decir, por ejemplo, que aplicando el 5 por 100 de tipo se obligó a pagar el doble de lo que correspondería aplicando el 2.50 por 100, y, por tanto, que la multa debe reducirse también a la mitad en caso de anulación; o que por error en la base liquidable—que es el caso del recurso—se exigió un exceso de equis en la cuota, con arreglo al cual y proporcionalmente debe reducirse la multa girada sancionando el no pago en plazo, porque en virtud de la dicha unidad, al contribuyente se le exige un total liquidado que él no puede descomponer y fraccionar al pagar. A él se le exige que pague, un total determinado, y no puede, al pretender hacerlo efectivo discriminar la cifra y analizarla para dilucidar si está ajustada al Reglamento y, en su caso, rebajarla, como se analizaría, discutiría y rebajaría, en su caso, una cuenta entre particulares, sino que ha de pagarla íntegramente, o no pagarla y atenerse a las consecuencias del apremio y de la multa consiguiente, sin perjuicio de discutir después o paralelamente la procedencia de la liquidación de que se trata. Y por ser ello así, no se le puede decir al contribuyente una vez reconocido por la Administración que del total pagado no era exigible más que una parte, que ha incurrido en responsabilidad por no pagar. Esto aparte que, en buenas normas reglamentarias, la liquidación errónea o ilegal debe ser anulada íntegramente y sustituida por la procedente sin que sea factible, dentro de esas buenas normas, admitir compensaciones entre el total indebidamente exigido y lo que en realidad se debe pagar, como en la economía privada ocurre, y, por consiguiente, es claro que debe devolverse por entero el importe de la liquidación anulada y sustituirla por otra nueva con sus honorarios, que habrá de ser notificada e ingresada en su correspondiente plazo reglamentario de quince días; y si no lo fuere, entonces sería cuando procedería la sanción del 10 por 100 de la cuota por no pagar dentro del plazo.

*Resolución del Tribunal Central de 7 de noviembre de 1944.*

LA INCLUSIÓN EN LA BASE LIQUIDABLE DE BIENES INMUEBLES, SITOS EN ALAVA. ES UNA REALIDAD DE HECHO INDEPENDIENTE DEL CRITERIO JURÍDICO-FISCAL, E INCUMBE AL DELEGADO DE HACIENDA LA RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE DE DEVOLUCIÓN DEL

INGRESO DE LA LIQUIDACIÓN SOBRE TALES BIENES. AUNQUE EN TAL EXPEDIENTE RECURRA UNO SÓLO DE LOS VARIOS INTERESADOS, LA RESOLUCIÓN DEL DELEGADO APROVECHA A TODOS ELLOS, SIN PERJUICIO DE LA JUSTIFICACIÓN DE PERSONALIDAD EXIGIBLE EN EL EXPEDIENTE DE DEVOLUCIÓN.

*Antecedentes.*—En una Oficina liquidadora, de territorio común, al liquidar una herencia en la que entre otros inmuebles había algunos situados en Alava, no se excluyeron éstos de la liquidación, y los interesados recurrieron ante el Delegado de Hacienda pidiendo la devolución de lo indebidamente ingresado como error de hecho, justificando solamente dos de ellos su cualidad de herederos.

El Delegado de Hacienda entendió que a tenor de los artículos 207 y 208 del Reglamento era incompetente para acordar la devolución, porque ni se trataba de error de hecho ni de duplicación de pago, y el Tribunal provincial confirmó tal criterio rechazando la duplicación de pago por tratarse de liquidaciones hechas o que habían de hacerse por Oficinas de distinto régimen fiscal, y en cuanto al error de hecho, dijo que no era sino de carácter jurídico.

El Tribunal Central dijo en primer lugar que aunque las liquidaciones aparecen giradas a nombre de personas distintas de los reclamantes, excepto dos de ellas, sin justificar su cualidad de derechohabientes del causante, el acuerdo alcanza a todas las liquidaciones porque a todas afecta la base liquidable discutida, y en cuanto lo demás accedió a la devolución pedida, rechazando la tesis de que no se trataba de un error de hecho y sí de derecho, porque la situación de las fincas tiene una realidad independiente del juicio que acerca del mismo pueda formar el Liquidador, máxime no habiendo sido negado en el expediente.

El argumento de que se trataba, además de una duplicación de pago lo rechaza también por la razón de que se trata, no solamente de regímenes económicos esencialmente distintos, sino también de reglamentaciones diferentes; a lo cual—añadimos nosotros—que de ninguna manera cabría invocar tal duplicación porque las entidades receptoras son completamente distintas, y mal se puede, por tanto, decir que una de ellas ha percibido por partida doble el tributo.

En definitiva, el Tribunal entiende que el caso está comprendido en los artículos 207 y 208 del Reglamento, los cuales, como es sabido, al enumerar los casos de error material no lo hacen en forma exhaustiva

sino enunciativa y, por lo tanto, es competente el Delegado de Hacienda para acordar la devolución.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 7 de noviembre de 1944.*

TIENEN EL CARÁCTER DE BIENES MUEBLES Y COMO TALES DEBEN LIQUIDARSE EN CASO DE VENTA AL TIPO DE 2,50 POR 100, LAS PRIMERAS MATERIAS Y LOS ENVASES DE LOS PRODUCTOS DE UNA INDUSTRIA, Y LOS NOMBRES COMERCIALES Y MARCAS NO REGISTRADOS.

*Antecedentes.*—D. L. M. y D. J. L. U. otorgaron escritura manifestando que eran dueños por iguales partes indivisas de una heredad con varias edificaciones, y el primer dueño, en plena propiedad de la maquinaria, instalaciones, materias primas y envases del negocio, instalado en dichas edificaciones, así como de los derechos al uso del nombre y marca comercial no registrados, cuyo valor se especificó detalladamente tanto para lo inmueble como para cada una de las clases de los otros bienes, y estipularon que con arreglo a tales precios, el D. J. L. U. vendía al otro compareciente la mitad de la finca y todos los restantes bienes.

La Oficina liquidadora liquidó por compraventa sobre el total transmitido al tipo de 5 por 100, y la liquidación fué recurrida por entender que lo inmueble era sólo la mitad de la finca, y bienes muebles los demás, no accediendo a ella el Tribunal provincial apoyado en el número 5.º del artículo 334 del Código civil, ya que los bienes sobre que versa la reclamación encajan perfectamente en la denominación de inmuebles que el precepto da a “las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca” a la industria que en ella se ejerce y que “directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación”, y en cuanto a la marca y nombre comercial estimó no les era aplicable el concepto de “distintivos de la propiedad industrial” y el tipo beneficioso, por tanto, del 1.25 por 100, porque, al no estar registrados, no puede atribuírseles ese carácter distintivo.

El Tribunal Central revocó el antedicho acuerdo y mandó liquidar como inmuebles los terrenos y edificios, y el resto como muebles al 2,50 por 100.

Después de recordar que el artículo 45 del Reglamento se atiene a los artículos 334 al 337 del Código civil para clasificar los bienes, dice refiriéndose al número 5.º del 334 antes aludido, que la significación gramatical del vocablo "instrumentos" se aplica a lo que sirve para hacer alguna cosa, y la de "utensilios" a aquello que es de uso manual y corriente y, siendo ello así, dentro de esas acepciones no pueden comprenderse ni las primeras materias ni los envases destinados a contener y transportar los productos de una industria, y aunque el citado número 5.º mencione los "vasos", es indudable que no se refiere a aquellos recipientes, sino a los que dentro del negocio y de modo constante y permanente sirven para contener y manipular los productos.

Refuerza después su argumentación con la cita del artículo 110 de la Ley Hipotecaria, y deducen que en el concepto "vasos" del Código civil no pueden comprenderse los "envases", puesto que los muebles, que según aquél pueden ser hipotecados, son los que se hallen colocados en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria.

Respecto al punto de la marca y nombre comercial no registrado, dice reforzando lo dicho en primera instancia, que el no estar registrados les priva de la cualidad de propiedad industrial a tenor del artículo 2.º del Estatuto de 26 de julio de 1929 que la rige, así como también del privilegio del tipo beneficioso del apartado 2.º del artículo 24 del Reglamento, lo cual no quiere decir que tales derechos hayan de calificarse de inmuebles, puesto que no están comprendidos en el repetido artículo 334 del Código civil.

Por nuestra parte sólo nos resta decir que nos parece concluyente la doctrina sentada interpretando los mencionados preceptos del Código civil y del Estatuto de la Propiedad industrial.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de noviembre de 1944.*

LA RESOLUCIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE INVESTIGACIÓN INSTRUÍDOS POR LAS OFICINAS LIQUIDADORAS DE PARTIDO COMPETE A LAS ABOGACÍAS DEL ESTADO Y, EN SU CONSECUENCIA, LA APROBACIÓN DE AQUÉLLOS POR LAS MISMAS OFICINAS DE PARTIDO ES NULA. Y



NULAS TAMBIÉN LAS ACTUACIONES Y LIQUIDACIONES POSTERIORES  
A TAL INFRACCIÓN REGLAMENTARIA.

Así lo determina esta Resolución del Tribunal Central aplicando el precepto terminante de la regla 14 del artículo 154 del Reglamento, que atribuye a las Abogacías del Estado la facultad de resolver dichos expedientes.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ VILLAMIL.  
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

**Dos palabras más sobre el impuesto en las ventas a retro**

Aunque no creo indispensable volver a molestar la benévola atención de los lectores de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO con el tema fiscal de que traté en el número de septiembre último, por la alusión que a aquél se hace en el del de febrero del actual, me ha parecido conveniente escribir las presentes líneas, que servirán de hilván de ambos artículos.

Voy a procurar la brevedad, y por ello, en cuanto a la parte, digamos teórica, del trabajo expresado de febrero, bastará que consigne: Que el gran hombre José Calvo Sotelo (q. e. p. d.) está muy por encima de un trozo de un artículo reglamentario y aun de toda su labor fiscal. Que el espíritu del artículo 10 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, que le llevó a establecer la posibilidad de comprobar en las ventas con pacto de retro, está simplemente en la preocupación del Fisco de evitar que, *en el caso* de consumarse aquellas ventas, por dejar transcurrir el plazo del retracto sin utilizar este derecho, se deje de tributar por la diferencia que hubiere entre el valor de los bienes transmitidos y el precio convenido, pudiéndose lograr tal finalidad con sólo tomar la procedente nota al presentarse en la oficina la escritura inicial de venta a retro. Que los Derechos civil y fiscal se pueden combinar, pero no mezclarlos ilegal o antirreglamentariamente. Y que considero en pie toda la argumentación que empleé en pro de mi tesis. Todo lo demás que omito en aras de la concisión lo dejo enteramente al buen sentido del lector.

Y ahora voy a recoger el *ejemplo* que expone el Sr. Liquidador de S., pues lo conozco acaso mejor, como lo demuestra que hasta

puedo decir que el propietario de las fincas mediana y pequeñísimas objeto de tal ejemplo introdujo en aquéllas—pues no existían en la comarca—unas treinta especies arbóreas y que éstas pertenecen a los géneros botánicos *Acacia*, *Acer*, *Abies*, *Araucaria*, *Cedrus*, *Cupressus*, *Eucalyptus*, *Fraxinus*, *Crevillea*, *Pinus* y *Quercus*, que denotan el celo de dicho propietario (circunstancia íntimamente relacionada con lo que después diré).

Con permiso de dicho celoso Liquidador, voy a reducir las catorce preguntas que hace, en poco más de una página, a una sola:

¿Es verosímil que una persona no necesitada venda con pacto de retro bienes que valen “cien” veces el precio?

En muchos casos se efectúan ventas con pacto de retro por la *necesidad* en que se halla el propietario, pero creer que esto siempre tiene que ser así es antifilosófico, y además, aquella circunstancia no cae bajo la apreciación del Liquidador por *varias* razones. Además, los contratos pueden otorgarse: por simple conveniencia, por complacer a una de las partes, porque se quieran dar garantías, aunque no se exijan, y porque el talento de los estipulantes, la inteligencia de las partes, la sabiduría de los contratantes, el ingenio de los otorgantes, acaso persiga, además de la visible a simple vista, otra lícita finalidad: *verbi-gracia: aprovechar la ocasión de poder consignar públicamente los actuales linderos de sus fincas* (no se olvide que hice constar que el propietario aludido es algo cuidadoso). ¡Ah!

Y para terminar, pues aunque queda mucho por decir (dije sería breve) haré constar: 1.º Que no es normal confundir los reconocimientos en sentido jurídico-fiscal, en que se percibe que las partes discutían un derecho y otorgan en asignarlo a una de ellas, con la constatación en las exposiciones de antecedentes de las escrituras del título de adquisición de los derechos o propiedades que son objeto de la transmisión solemnizada en aquéllas. A mayor abundamiento, en nuestro caso se aludía a herencia del año mil novecientos once y pagados en éste los derechos sucesorios y las diferencias en metálico exentas y prescritas. 2.º Que el Liquidador—y más si carece de competencia—no tiene atribuciones para decidir si un otorgante mandatario tiene o no la representación de un mandante cuyo nombre y apellidos y demás circunstancias se consignaron claramente en la escritura, expresándose además que había de ser ratificada (como, en efecto, lo fué). 3.º Que una cosa es la facultad del Liquidador competente de calificar la naturaleza del

contrato, y otra contravenir el precepto del artículo 41 del Reglamento del citado Impuesto, que ordena prescindir de todo lo que pudiese afectar a la validez y eficacia—caso de que se diese esto—; y 4.º Que los contratantes son muy dueños de otorgar las escrituras donde les plazca, y muy natural es que la otorgasen en la cabeza del partido donde están sitas las fincas y en donde veraneaba, ocupándose de menesteres útiles, el propietario, aunque no tuviese la previsión de suponer que el Liquidador que debía extender nota de exención del Impuesto en la escritura de ratificación aludida se había de ¡basar! en el párrafo 3.º del artículo 9.º del Reglamento para ¡girar una liquidación del mandatario expreso al mandante expreso!, liquidación que, ¡naturalmente!, fué *anulada* por el T. E. A.

CÉSAR REY FEIJÓO.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1945.—*Falta de personalidad y de acción.*

Este Tribunal tiene reiteradamente declarado que la falta de personalidad a que se refiere el número 2.º del artículo 1.693 de la Ley procesal civil se refiere solamente a la carencia de condiciones y requisitos que la Ley exige en cada caso para poder comparecer en juicio, según lo que previenen los artículos 2.º y siguientes de la sección I del título I, libro I, de la Ley de Enjuiciamiento civil, o a la falta del carácter o representación con que la comparecencia ha de efectuarse, no puede, de acuerdo con la mencionada doctrina, explícitamente recogida por la Sentencia de 19 de octubre de 1908, confundirse tal defecto con la falta de acción y derecho que contenga la demanda, según puede declararse al resolver el litigio, con las consecuencias y pronunciamientos que en su virtud procedan, y por ello, aunque la acción interdictal deba dirigirse, para que pueda prosperar, contra quien ejecutó o mandó ejecutar los actos de perturbación o despojo, aunque no sea el dueño de la finca, según ha declarado también este Tribunal (Sentencia de 16 de febrero de 1941), ello no quiere decir que la imputación hecha al demandado, sea o no cierta, de haber perturbado o inquietado la posesión del actor, determine para aquel a quien se dirige un carácter o condición personal que puede resolverse *a priori* como una cuestión de personalidad, porque constituye un elemento primordial de la acción que se ejercita, íntimamente enlazado con el hecho cuya separación se pretende, y ambos forman la cuestión de fondo, materia del interdicto que debe alcanzar su reconocimiento o repulsión en la resolución final del juicio, en la forma que sea procedente.

SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1946.—*Concepto de heredero en el Derecho foral de Navarra. Legatario de parte alícuota. Cosa juzgada.*

El padre de la demandante hizo una donación al hermano de la misma, a la que el hermano renunció. Sus hijos menores de edad, re-

presentados por un defensor judicial, incoaron un juicio de mayor cuantía contra su padre, la herencia yacente y herederos desconocidos de su abuelo para que se declarare la nulidad de la renuncia, lo que efectivamente se hizo por sentencia firme. La demandante afirma en el presente pleito que la renuncia era válida y que los objetos de la donación pertenecen, por tanto, al patrimonio relicto de su padre. Los dos problemas suscitados son los siguientes: 1.º ¿Produce o no produce la sentencia firme expresiva de la nulidad de la renuncia y dada contra todos los "herederos" de su padre fuerza de cosa juzgada contra la demandante, dado el hecho de que su padre había hecho uso de la facultad que le concede el Derecho foral de Navarra de dejar a su hija sólo "cinco sueldos fables y una robada de tierra en los montes comunes"? 2.º En caso negativo, ¿produce o no produce la citada sentencia fuerza de cosa juzgada contra la demandante, dado el hecho de que trae su causa de una de las partes del anterior proceso?

Ad 1) Es lo cierto que el Derecho foral vigente en Navarra, con la libertad de testar que otorga, sin más limitación que la de que los padres al disponer de sus bienes como quieran hayan de dejar a sus hijos la legítima foral de cinco sueldos fables o carlines y una robada de tierra en los montes comunes, no autoriza a atribuir a los legítimos la calidad de herederos en su propia significación de continuadores de la personalidad patrimonial del testador, que sólo corresponde al que éste instituye como tal, según tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia; pero, aun siendo ambos conceptos distintos, sí cabe admitir que el de heredero en un más amplio y menos jurídico sentido abarca en aquella genérica denominación a los hijos con derecho a la legítima, que puede ser formularia, mas no excusable sin desheredación, y que aunque no les faculte, como también tiene declarado esta Sala en anteriores sentencias, para el ejercicio de derechos que sólo al verdaderamente heredero asisten, tampoco los reduce a la condición de extraños a la herencia, ni a la de legatarios, habiéndose entendido así en el proyecto de apéndice al Código civil para Navarra formulado en consecuencia del Real decreto de 24 de abril de 1899, al designar como "herederos forzosos" a los hijos y descendientes legítimos respecto a sus padres. Esto hace entender que en la amplitud del emplazamiento a los demandados en el pleito que se instó para que se declarase la nulidad de la renuncia hecha constar en la escritura pública de 1917 se hallaba comprendida en aquel precepto la hoy recurrente,

con mayor razón si se tiene en cuenta que, lejos de haberla dejado el testador la estricta legítima foral, dispuso que el que como heredero en la nuda propiedad de sus bienes instituíra, reservando para sí únicamente los valores con que se había constituido el patrimonio eclesiástico para su ordenación, habría de distribuir por sextas partes el caudal hereditario entre la recurrente y los otros cinco hermanos de la misma, disposición que si conforme al Derecho foral navarro no constituía a aquélla en heredera en el sentido de hacerla asumir la universalidad de los derechos y obligaciones patrimoniales del testador, la excluía también del carácter de legatario que no corresponde a quien es sucesor o partícipe en una cuota matemática o parte alícuota de la herencia.

Ad II) Prescindiendo de lo que antecede, produce la sentencia aludida efecto de cosa juzgada contra la demandante y recurrente con arreglo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.252 del Código civil, porque trae causa de los que en el pleito anterior fueron parte. En efecto, el derecho real invocado por la recurrente deriva, según ella, de la escritura pública de renuncia hecha por su hermano que fué demandado en el juicio tantas veces citado.

SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1946.—*Sumisión a un fuero* (1).

La última cláusula, en la que textualmente se dice: "Ambos contratantes se obligan al exacto cumplimiento del presente contrato en todas sus partes, eligiendo esta ciudad de Linares para todos los actos a que diere lugar el incumplimiento de todas o algunas de sus condiciones", y que invoca la parte actora para sostener que se sometieron expresamente los contratantes al Juzgado de Linares, no tiene tal alcance, pues en ella ni se renuncia por el comprador clara y terminantemente a su fuero propio, designando con toda precisión el Juez a quien se someten ambas partes, como requiere el artículo 57 de la Ley procesal para que tal sumisión expresa exista, ni siquiera se nombra a ningún Juez o Tribunal ni se mencionan expresamente las posibles cuestiones judiciales a que el incumplimiento de lo que se conviene pudiere dar lugar.

(1) La sentencia del 22 de marzo de 1946 reitera la conocida jurisprudencia, con arreglo a la cual no es lícita la sumisión a dos Juzgados alternativamente, correspondiendo la elección sólo a una de ambas partes.

SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1946.—*Artículo 1.902 del Código civil: causalidad adecuada.*

Para la exigencia de la obligación que encierra el artículo 1.902 del Código es necesaria, según la doctrina y la jurisprudencia, la existencia coincidente, primero, de un agente que por acción u omisión ilícita incurra en culpa; segundo, un daño real ocasionado, y tercero, un nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño que haga patente la imputabilidad a aquél de la obligación de repararlo. Si bien es evidente que en el presente caso existe la realidad del daño ocasionado, y de la sentencia recurrida aparece probado que la entidad demandada en el día y momento en que ocurrió la catástrofe infringía la Ley del descanso dominical, al menos respecto de alguno de los operarios que perecieron en el siniestro, no puede afirmarse que entre uno y otro hecho existiera relación de causa a efecto, porque tal infracción, aparte de que pudiera tener su virtualidad dentro de la relación contractual de trabajo que unía a la entidad demandada con las víctimas de la explosión y no ser lícito desviarla de su cauce jurídico laboral en que habría de producir su eficacia y transformarla en razón de exigencia extracontractual, no reúne las condiciones de enlace que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo exige (Sentencia de 17 de mayo de 1913, entre otras), ya que este enlace ha de consistir en la conexión y congruencia entre ambos hechos, de suerte que la realidad del uno conduzca lógicamente al conocimiento del otro, por ser su relación concordante.

SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1946.—*Asunción de deudas.*

Aun cuando nuestro Código civil no haga referencia expresa a la asunción de deuda, únicamente regulada en el Código civil alemán, un importante sector doctrinal estima la posibilidad de aplicar sus normas fundamentales utilizando las disposiciones referentes a la novación de las obligaciones por cambio en la persona del deudor invocadas en este motivo del recurso: y si bien es lo cierto que éstas exigen para la eficacia de dicho cambio que el acreedor preste su consentimiento en cualquier momento y forma, según se desprende de la Sentencia de esta Sala de 18 de julio de 1908, es del mismo modo manifiesto que este requisito, como sostiene la Sentencia de 13 de

abril de 1918, está establecido en beneficio del acreedor y no puede ser alegado por los causahabientes del deudor, y por ello no cabe estimar en el caso presente la invocación que se hace de la Sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1943.

SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1946.—*Fuerza probatoria del documento público. Causa falsa y causa presumida.*

En repetidas sentencias de este Tribunal se establece la doctrina de que la fuerza probatoria atribuida por el artículo 1.218 del Código civil a las declaraciones que los contratantes hubiesen hecho en documento público, no impide combatir tal prueba y declarar la falta de correspondencia entre esas declaraciones y la realidad, por convicción adquirida mediante otros elementos de prueba, pues claro es que de otro modo la escritura pública cubriría y haría inatacables entre las partes toda clase de ficciones y simulaciones, aun puestas en evidencia por el contenido de la misma escritura en relación con medios a ella ajenos.

La sentencia impugnada tampoco ha podido infringir el artículo 1.277 del Código civil, porque ese artículo regula el supuesto de que en un contrato no se haya expresado su causa, y no es aplicable al contrato de compraventa mencionado, señalando un precio y su entrega, cuya realidad se negó en la sentencia recurrida, que por ello debió resolver como acertadamente lo hizo, de conformidad con la norma del artículo 1.276 del texto legal citado, para el caso de expresión de una causa falsa, si no se prueba estar fundado en otra verdadera y lícita.

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1946.—*Naturaleza jurídica de la amigable composición. Competencia para fallar sobre las costas.*

Si bien es cierto que en la cláusula compromisaria nada se dice sobre lo que hubieran de decidir los amigables componedores en orden a las costas del juicio, es indudable que los gastos judiciales (y en tal sentido deben considerarse los que la amigable composición comporte, porque, sea cual fuere su origen y desarrollo procesal, es un juicio regulado y admitido como eficaz y definitivo por la Ley de Enjuiciamiento y medio hábil de llegar a conclusiones ejecutorias) pueden



ser fijados y atribuidos por el juzgador y constituyen una consecuencia legal de la actuación judicial que no requiere pacto expreso para que se pronuncie sobre su determinación y, por falta de tal pacto, que se llegue a invalidar el acuerdo adoptado sobre el particular a título de extralimitación o abuso de jurisdicción, ya que al conferirse ésta en la escritura de compromiso lógicamente se había de entender conferida también a los compondores la facultad de pronunciarse sobre el modo y forma en que las costas debieran abonarse.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1946.—*Litisconsorcio necesario. Allanamiento. Plazo para consignar la renta arrendaticia.*

Si bien es norma corriente en nuestro Derecho procesal, predominantemente informado por el principio de rogación civil, admitir en concepto de parte demandada exclusivamente a quien ha sido llamado a juicio por el demandante, esta norma no es absoluta y sí compatible con situaciones excepcionales que tienen su apoyo—en otros casos que no guardan relación con el litigio—en la naturaleza del derecho material puesto en ejercicio, que si afecta a diferentes personas puede impedir que se constituya válidamente la relación procesal si no se da entrada a todos ellos en la contienda, particularmente si los que no han sido llamados estuvieren unidos a los que lo fueren por vínculos de solidaridad o por los que surgen de la indivisibilidad de las prestaciones reclamadas, determinando la extensión de los efectos de la cosa juzgada a quienes por no haber sido convocados a juicio no han podido ser oídos, con la grave consecuencia, además, de que se produzca el fraude procesal. En este sentido, y con el sugestivo precedente de la ley IV, título XXIII, de la Partida III, se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial proclamada en múltiples sentencias, entre las que, por decidir caso análogo al que ahora es objeto de litigio, destaca la de 21 de marzo de 1911, que acogió la teoría del interés y, como consecuencia, la de litisconsorcio necesario en su manifestación de intervención de terceros en el proceso, doctrina perfectamente aplicable al caso ahora discutido, en el que por estar en tela de juicio el arrendamiento de un local incluído en la herencia sin partir del arrendatario y se pretende una prestación indivisible encaminada a la resolución del contrato de arriendo y consiguiente reintegro al arrendador de la posesión de hecho del local, la sentencia condenatoria pudiera adquirir

autoridad de cosa juzgada para todos los interesados en la herencia, a tenor de lo dispuesto en el párrafo último del artículo 1.252 del Código civil, por lo que es de estimar acertada la posición jurídica de la Sala de instancia, admitiendo como parte legítima en los autos al hijo del arrendatario fallecido, en el concepto en que compareció de coheredero en la sucesión de su padre y copropietario del negocio establecido en el local arrendado.

A ello no obsta el allanamiento de la viuda demandada, porque, aparte de que si bien el allanamiento implica un reconocimiento de los hechos procesales sin impedir la valoración jurídica de los mismos para dictar la sentencia que en Derecho proceda, en el caso discutido el allanamiento no es eficaz, porque quien lo hizo carecía de pleno poder dispositivo de renuncia al bien enjuiciado, ineficacia que obliga a no prestar al demandante la tutela de un posible derecho que ejercitó omitiendo el necesario llamamiento a juicio de todos los interesados en el bien controvertido, unidos por el vínculo que nace de la indivisibilidad de la prestación reclamada.

También procede desestimar el segundo motivo, en el que se alegan infracciones legales que se dicen cometidas al admitir como válida una consignación fuera del tercer día siguiente al de la citación para el juicio. Pero bien se advierte, de una parte, que es razonable el criterio sustentado por el juzgador de instancia en el sentido de que el cómputo de aquel plazo debe empezar a correr respecto del tercero interviniente que de modo arbitrario quedó excluido de la citación, desde la fecha en que tuvo noticia de la existencia del procedimiento, pues sólo desde aquel momento tuvo posibilidad de ejercitar el derecho de consignación de los alquileres adeudados; y, de otra parte, siempre sería de tener en cuenta que el plazo para consignar fué ampliado por Decreto-ley de 30 de diciembre de 1944 hasta el acto de la notificación de la sentencia, y por el de 30 de noviembre de 1945 hasta el momento mismo en que haya de ejecutarse el lanzamiento, y como a esta última disposición se le ha dado en su artículo 4.º efecto retroactivo, aplicable a los juicios de desahucio que estaban en tramitación, aunque sólo se hallaren pendientes de lanzamiento, es visto que la consignación de rentas en descubierto es plenamente eficaz.

LA REDACCIÓN.

# V A R I A

RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*.  
Tomo I, Segunda edición. Bosch. Barcelona.

Ajustada al programa de Oposiciones a Registradores de la Propiedad, aparecido en el *Boletín Oficial* de 5 de noviembre de 1944, ha comenzado Roca Sastre a publicar la segunda edición de sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Hasta ahora ha visto la luz el tomo I, que, abarcando más de 700 páginas, comprende los veinticuatro primeros temas y, con ellos, la evolución histórica del Derecho Inmobiliario, los sistemas para ordenarlo y la exposición de los principios hipotecarios del nuestro.

Es materialmente imposible, en los estrechos límites de una recensión, dar cuenta de todas las novedades de la obra. Sólo como índice de las más importantes, entre otras, cabe reseñar: El estudio de la finalidad, valor y trascendencia de los varios medios de publicidad inmobiliaria, junto con el desarrollo histórico del principio de publicidad en el Derecho romano y germánico. El estudio de la evolución de nuestro Derecho Hipotecario, resulta prácticamente nuevo, después de las ampliaciones de que ha sido objeto. El tema VI, comprensivo de los sistemas hipotecarios, se enriquece con una exposición doctrinal de los mismos, ampliándose el examen del francés, que aparece purgado de la omisión de la Ley de 24 de julio de 1924. El estudio del sistema alemán se amplía con una crítica del mismo. Es totalmente nueva la exposición del sistema suizo, en la que, por cierto, falta una alusión a la técnica del encasillado. También es nueva la razonada crítica que se hace del sistema australiano, así como el examen del régimen hipotecario vigente en los territorios españoles de África.

Los problemas que plantea el principio de inscripción se exponen con magistral acierto. Destaca el análisis de la inscripción en materia de hipoteca. A juicio de Roca, la inscripción es necesaria para que surja el derecho real; pero el valor constitutivo de la inscripción no es exclusivo sino complementador del título, negando, en tal sentido, su carácter abstracto. Frente a otros autores que ven la inscripción de hipoteca

como declarativa necesaria, temerosos de que la expresión "constitutiva" pueda hacer pensar en su juego abstracto, Roca emplea la calificación tradicional, convencido de que tal peligro no se puede plantear en nuestro Derecho. El peligro más bien está en la tesis contraria, que puede desembocar en el sostenimiento de la existencia de la hipoteca, como tal derecho real, por y a través del título, si bien quedando suspendida su eficacia de la inscripción, tesis a juicio de Roca, inadmisibile. Analiza también la exigencia del requisito de la inscripción como circunstancia que concurre a formar la posición de tercero, negando se la pueda considerar constitutiva de la transmisión en ningún momento, para lo cual estudia con todo rigor y en combinación con la regla del artículo 1.462 del Código Civil la presunción posesoria del antiguo artículo 41, después 24 y hoy 38 de la Ley Hipotecaria. Es muy razonada la crítica teórica y práctica que hace del artículo 355 de la Ley Hipotecaria de 1944.

Mejorada la fórmula legal en que plasma el principio de legitimación, las reflexiones de Roca Sastre, moralmente apuntadas en la primera edición de su obra, son aquí plenamente expuestas. Es de gran interés su crítica del texto legal, por haber conservado en el párrafo segundo la norma del anterior artículo 24. Según el autor de estas Instituciones, tal precepto "hubiera de haber desaparecido en una ley que, como la actual, regula la acción de rectificación registral, estableciéndose en su lugar que toda acción contradictoria o impugnadora de derechos inscritos, debía ejercitarse como acción de contradicción o de inexactitud del Registro". El análisis de la presunción posesoria del artículo 38, que encauza por derroteros distintos de los seguidos en la anterior edición, lo acompaña con un acabado estudio de las consecuencias sustantivas y procesales que de la misma derivan.

El examen del principio de fe pública registral aparece considerablemente retocado y ampliado, en comparación con la primera edición. Son nuevas las consideraciones sobre el posible caso de que figure inmatriculada dos o más veces una misma finca, y sobre la negación de la fe pública registral a los acreedores del titular inscrito. Como consecuencia de la nueva redacción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, Roca rehace su estudio y, rectificando su anterior postura, pone en relación este precepto con criterios del artículo 37 para fijar sus presupuestos y alcance.

En materia de buena fe, siguiendo las líneas generales de su anterior

construcción, insiste para aclarar posiciones y contestar preguntas concretas. Las cuestiones que la doble enajenación, la negligencia, el conocimiento de los hechos y no de sus consecuencias, la representación, etcétera, plantean al tratamiento de la buena fe, están clara y profundamente estudiadas.

La prescripción y su repercusión registral es analizada en un acabadísimo estudio de los artículos 35 y 36 de la Ley Hipotecaria. Afirma que, en materia de "usucapion secundum tabulas", la presunción del justo título no es simplemente "iuris tantum"; que la "usucapion contra tabulas" ordinaria inter partes es posible; que la "usucapion contra tabulas" consumada, frente a tercero, no puede ser calificada de cuestión de hecho; que este tercero puede ser considerado como adquirente, pues cabe la tradición por entrar en juego la presunción posesoria del artículo 38, siendo su posición de buena o mala fe, como tal tercero, medida por el artículo 34, sin que el conocimiento de la posesión de la finca por otro signifique necesariamente mala fe. Separa, por tanto, el requisito de la buena fe del artículo 34, que determina la posición general del tercero, del requisito de la ausencia de mala fe y culpa lata, que de modo especial establece el artículo 36, para que el mismo tercero pueda ser protegido frente a la usucapion consumada contra tabulas analizando con gran precisión los varios conceptos que han de darse para integrar el último. Asimismo sostiene la posibilidad del juicio reivindicatorio, como medio idóneo para formalizar la oposición que previene el párrafo tercero del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, estimando poco recomendable el proceso de ejecución fundado en el artículo 41 del mismo Cuerpo legal. Afirma que frente al tercer adquirente no es posible la usucapion extraordinaria, sólo cabe la ordinaria, y ésta con los requisitos de los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria.

Es nuevo el examen que hace de los principios de prioridad y rogación, del rango hipotecario y el muy completo sobre la renuncia.

Particular atención reclama el estudio considerablemente ampliado en extensión y altura que ofrece el principio del tracto sucesivo. Las sugerencias de la primera edición en materia de albaceas, herederos del ejecutado, etc., han sido ahora sustituidas por una acabada exposición de los problemas, mostrando las facetas de los mismos, según se examinen, siguiendo la tesis sucesoria romana, o la concepción económica de la herencia.

Cierra el tomo el examen, considerablemente ampliado, del principio

de legalidad, del de especialidad y de la finca, sobresaliendo la crítica que se hace de la registración de obra nueva.

La obra merece por todos conceptos la más calurosa acogida. Liberada del apresuramiento de que pecaba la primera edición, la presente muestra perfiladas las líneas generales de un pensamiento que discurre plenamente, con prosa clara y buen estilo, sin que, en lo que cabe, le perjudique el tener que acoplarlo a un programa de oposición. La segunda edición de la obra de Roca Sastre, que supera a la anterior en todos sentidos, se nos muestra, a través de su primer tomo, como una logradísima realización y evidente muestra de la profunda formación jurídica de su autor. Los reparos que cabe oponer a la obra son fruto del peculiar enfoque de los problemas hipotecarios que cada lector pueda tener, pero por encima de todo habrá de reconocerse en las Instituciones de Derecho Hipotecario que nos ocupan, una gran claridad expositiva junto con una meticulosa lógica jurídica, al servicio ambas de la innegable erudición de que constantemente hace gala su autor.

F. M. A.

MARIO ALBERTO COPELLO, *La sanción y el premio en el Derecho*. (Editorial Losada, Buenos Aires, 1945, ps. 75.)

El autor pertenece a la Escuela yusfilosófica del catedrático de la Universidad de La Plata, Carlos Cossío, al que dedica su monografía y a cuya pluma se debe el prólogo.

I.—Algunos autores, como por ejemplo, Mattía, proclaman la necesidad de construir al lado del Derecho Penal un llamado Derecho Premial. Al lado de la estricta teoría del acto ilícito como presupuesto de las sanciones punitivas, es posible construir una teoría del acto meritorio como presupuesto de las sanciones recompensatorias.

Copello opina que la paralelización del acto ilícito y de la pena con un acto meritorio y el premio es esencialmente equivocada. La demostración de su tesis se lleva a cabo en una doble dimensión. Copello analiza, en primer lugar, la *estructura lógica de la norma jurídica*. A este efecto acepta la doctrina de Cossío, que establece el siguiente esquema: Dado un hecho antecedente con su determinación temporal (I) debe ser (II), la prestación (III), por alguien obligado (IV), frente a alguien pretensor (V)—endonorma: o (VI) si es la no prestación (VII) debe ser (II), la sanción (VIII), a cargo de un órgano obliga-

do (IX), por la pretensión de la comunidad (X)—perinorma. Copello sostiene en vista de este esquema, que el premio es sencillamente la prestación conceptualizada por la endonorma; la sanción está, en cambio, en la perinorma. En segundo lugar, Copello analiza la *realidad pensada en las normas jurídicas*, que es para él, siguiendo de nuevo a Cossío, la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Ontológicamente se distinguen sanción y premio, por ser el sujeto meramente pasivo en aquélla y por ser activo en éste. Su conducta es pensada sin libertad en el primero de los supuestos y con libertad en el segundo. La intersubjetividad es padecida por el sancionado pasivamente, con el sentido de la fuerza y falta de libertad consiguiente; mientras que en el premio o prestación es integrada activamente, sin el sentido de esa fuerza y con el de esa libertad que le son propios. El análisis ontológico nos hace descubrir una segunda diferencia entre premio y sanción, que puede caracterizarse con los conceptos de señorío e inordinación. Supongamos—nos dice Copello—el caso de que el Estado da un plazo de noventa días al contribuyente para pagar cierto impuesto, pero estableciendo que quien lo abone dentro de los treinta primeros tendrá un descuento de determinado tanto por ciento. Aquí se nos hace patente que la conducta del contribuyente, mientras corre el plazo inicial para obtener el premio prometido puede lícitamente autodeterminarse. Su conducta comienza, pues, siendo facultad de señorío. Pero pasan los treinta primeros días y no ha pagado; le quedan entonces sesenta más, durante los cuales su conducta es facultad de inordinación. Esta ha seguido a aquélla. Durante el nuevo plazo sólo le es lícito heterodeterminarse. Hasta aquí se nos ha mostrado claramente la libertad en tanto facultad, como la primera y directa posibilidad de la conducta. Pero no paga dentro de los noventa días. Y entonces, ante el entuerto, subsigue la sanción, ontológicamente como último tramo de la conducta; y soportará una multa determinada. Finalmente sea dicho, que aunque todo premio es prestación, no toda prestación es premio. El premio se caracteriza y define por ser una prestación cuyo sentido específico consiste en servir de incentivo para la realización de un determinado acto que es su hecho antecedente.

II.—El ideario esencial de Cossío consiste en concebir el Derecho como conducta humana en su interferencia intersubjetiva y en considerar las normas como pensamiento del Derecho. Esta tesis ha sido estructurada por Cossío en un sistema que combina Kant con Husserl

y Rickert. De Kant se derivan aparentemente la Lógica Formal y la Lógica Trascendental; de Husserl, la Ontología, y de Rickert, la Axiología. Hemos intentado demostrar en otro lugar que la sistemática cossiana, cual otra enredadera, es inadecuada para sus propias doctrinas, y sólo idónea para ocultarlas y adulterarlas. Cossío, conforme a su ideario, no puede aceptar ni acepta más de dos partes: una Lógica Formal, que analiza las normas jurídicas, y una Ontología que expone el Derecho como conducta. El estudio, muy sugestivo, de Copello pone de relieve tanto lo bueno como lo malo de la filosofía de Cossío. En cuanto a lo último, su monografía nos parece una plena confirmación de nuestra crítica. Copello se ocupa del premio, no desde cuatro, sino sólo desde dos puntos de vista que denomina, en terminología cossiana, Lógica Formal y Trascendental. La primera lo es auténticamente. La llamada Lógica Trascendental sigue siendo lo que siempre fué: Ontología, hecho revelado por el mismo Copello, que repetidamente así la llama (véanse, por ejemplo, páginas 55, 56, 57, 58, 59, 60 y 68). Creemos que si Cossío y sus partidarios echasen por la borda su sistemática artificiosa, sus doctrinas ganarían mucho en claridad y fuerza convincente. En efecto, si Copello, por ejemplo, se hubiera dado cabal cuenta de que la llamada Lógica Trascendental es una investigación óntica y ontológica, no habría tenido que declararla insuficiente (página 69), para diferenciar el premio en especial de la prestación en general, pues también esta diferenciación pertenece a una labor óntica y ontológica.

Uno de los méritos principales de la doctrina de Cossío consiste en haber llamado la atención sobre el hecho de que el Derecho es conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Opinamos que esta tesis es de la mayor importancia práctica. Nuestra concepción de que la consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado, en cuanto ordena la aplicación de Derecho extranjero, no se refiere a las normas jurídicas extranjeras, sino a la probable sentencia del Juez extranjero (a través del cual, claro está, suelen actuar aquéllas), no es sino una aplicación de la tesis egológica. No tememos como algunos que esta opinión llegue a desvirtuar el papel de la ley. La ley puede enjuiciarse como conjunto de normas de determinada estructura. Pero no se debe echar en olvido que la ley constituye asimismo una conducta humana de la mayor importancia.

WERNER GOLDSCHMIDT.