

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XXII

Marzo 1946

Núm. 214

---

Cotitularidad y comunidad  
Gesammte Hand o comunidad en mano común (\*)

S U M A R I O

**PRIMERA PARTE.—Cotitularidad y comunidad.**

- I.—La titularidad.
- II.—La cotitularidad.
- III.—Formas en que se organiza y estructura la cotitularidad.
- IV.—La comunidad:
  - A) Ambito de la misma.
  - B) Concepto y caracteres.

PRIMERA PARTE  
COTITULARIDAD Y COMUNIDAD

I.—LA TITULARIDAD.

El derecho subjetivo—«señorío del querer», según la conocida frase de Windscheid—, precisa de un sujeto que actualice y haga efectiva la potencialidad volitiva que en sí encierra. Surge así, pues, la noción del titular, esto es, del sujeto individual o colectivo

(\*) Este trabajo es un extracto parcial de otro que, bajo el título «La comunidad en mano común y sus manifestaciones en el Derecho español», presentamos a la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, y al cual, por dicha Corporación, le fué otorgado, en diciembre de 1945, el Premio de la Fundación Oloriz.

que está investido de tal derecho y al que corresponde su defensa y actuación en la escena jurídica. Constituyendo la titularidad, según dice Ferrara (1), la «conexión actual de un derecho al sujeto» (2), o sea, la relación vinculatoria o de pertenencia existente entre uno y otro.

## II.—LA COTITULARIDAD.

Ciertas especies de derechos sólo permiten un único sujeto, un titular singular, y así ocurre con los derechos de la personalidad y de familia (3). Pero, por el contrario, la mayoría de los derechos subjetivos es susceptible de pertenecer simultáneamente a varios sujetos, y entonces el titular pasa de singular a plural, dándose una complejidad en el elemento subjetivo (ya activo, ya pasivo) de la relación jurídica, transformándose la titularidad de simple en compuesta, porque es a una pluralidad de sujetos a quien compete y está atribuída una determinada potestad jurídica o a quien incumbe la realización y cumplimiento de un deber.

La situación de titularidad plural implica que un derecho pertenezca o esté vinculado a varias personas o, por mejor decir, que se encuentre sujeto a un régimen de copertenencia.

Mas esta participación o intervención de los sujetos en un mismo derecho puede producirse de dos maneras totalmente distintas :

a) La titularidad de un derecho puede venir atribuída a los sujetos de *modo sustancialmente idéntico*, de tal forma que las participaciones de los mismos sean *cualitativamente iguales*, aun cuando cuantitativamente puedan ser dispares. Así sucede, por ejemplo, en la copropiedad.

b) Mas puede también suceder que, por el contrario, la titularidad de un derecho venga distribuída de diverso modo entre los partícipes del mismo ; esto es, que la porción de cada uno de ellos sea *cualitativamente distinta, esencialmente diversa* de las de los demás. Así, por ejemplo, la patria potestad corresponde simul-

(1) Ferrara: «Trattato di Diritto civile italiano». Roma, 1921, pág. 448.

(2) Para la titularidad y sus cláses, vid. De Castro: «Derecho civil de España», I. Valladolid, pág. 493.

(3) Cfr. Ferrara: «Trattato», pág. 455. Enneccerus: «Derecho civil. Parte general», trad. española de Pérez y Alguer, vol. I. Barcelona, 1934, pág. 302.

táneamente al padre y a la madre, pero no de un modo igualitario, sino con carácter y función diversa, con desigual participación de ambos.

En el primer supuesto nos encontramos en presencia de una verdadera y propia situación de *cotitularidad o titularidad ejercida conjuntamente*; en el segundo, en cambio, ante un mero estado de *titularidad compartida o dividida*, de coparticipación de varios sujetos en una cosa o derecho, de *concurrencia de pretensiones jurídicas distintas* sobre un mismo objeto jurídico (1).

(1) En cierto modo, el Tribunal Supremo ha hecho aplicación de esta técnica en determinados supuestos en que a varias personas correspondían sobre una misma cosa aprovechamientos de diferente naturaleza y clase. En tales situaciones, nuestro más Alto Tribunal de Justicia, sin admitir la existencia de una comunidad, declaró existente una relación jurídica análoga. Así, la sentencia de 9 de julio de 1903, en un caso en que pertenecían a una persona los derechos de *hierbas, pastos y agostaderos* sobre cierta finca, y a otros varios vecinos el derecho de *siembra y labor*, sentó la siguiente doctrina: «*Esos distintos disfrutes... sobre una misma cosa, si no constituyen una comunidad, en el sentido del artículo 392 del Código civil, engendran una relación jurídica análoga entre los legítimos explotadores de la heredad, que autoriza a reputarlos, a los efectos del retracto, dados los fines económicos de esta institución, como condueños o propietarios de una cosa común.*» Y la sentencia de 6 de julio de 1920, en presencia de una situación semejante, correspondiendo a dos personas distintas los aprovechamientos de una dehesa, sin ostentar ninguno de ellos el dominio exclusivo de la misma, dispuso también que «*los distintos disfrutes engendran entre ambos dueños una relación jurídica análoga a la comunidad* de que trata el artículo 392 del Código civil».

En cambio, con peor tecnicismo, la anterior sentencia de 9 de marzo de 1893, en presencia de un supuesto similar, llega a sentar la existencia de una copropiedad, por entender que, «*aunque no haya comunidad en todos los disfrutes o aprovechamientos de una finca, no puede menos de reputarse como copropietario de cosa común al que tiene el derecho de siembra y aquél a quien pertenece el arbolado.*»

Acerca de estos extremos, vid. Ossorio Morales: «*Las servidumbres personales.*» (Ed. Rev. Dro. Priv., Madrid, 1936, págs. 93 y sigs., especialmente 111-126.) Vid. también Castán: «*Derecho civil español común y fiscal*» (Notarías), 6.<sup>a</sup> edic., II, Madrid, 1943, págs. 213-214; y Flórez de Quiñones: «*Comunidad o servidumbre de pastos*», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1933, pág. 173.

En tales supuestos, dada la diversidad sustancial de las participaciones de los distintos sujetos, más que una propia situación de comunidad o cotitularidad, lo que existe es un estado de *titularidad compartida o dividida*,

Aceptada la tesis que configura el usufructo (1) y el censo enfitéutico (2) como formas de división de dominio, es indudable que nos encontramos en presencia de supuestos de titularidad compartida o desmembrada. La titularidad dominical pertenece a varios sujetos: el usufructuario y el nudopropietario, o el dueño directo y el titular del dominio útil; ahora bien, cada uno de éstos participa en el dominio de modo diverso, siendo sus respectivas facultades esencialmente distintas, de tal modo que la pro-

esto es, de coparticipación de varias personas en el aprovechamiento de una cosa determinada, de desmembramiento cualitativo de un derecho. Se trata de casos que presentan una innegable similitud con la comunidad propiamente dicha, ya que entre los sujetos existe, al fin y al cabo, algo común. Cfr. Clemente de Diego: «Instituciones de Derecho civil español», I. Madrid, 1929, pág. 307.

(1) Ya las fuentes romanas (*Dig.*, 7, 1, 4) afirmaban: «*Usus fructus in multis casibus pars dominii est, et extat quod vel prasens vel ex die dari potest.*» Y Perozzi sostiene—«Instituzioni di Diritto romano», I, págs. 498 y sigs.—que el usufructo es una propiedad temporal sobre una cosa en la que otro tiene la propiedad perpetua. Para la construcción del usufructo como forma de división del dominio puede verse el interesante trabajo de Roca Sastre: «La concepción del usufructo como "pars dominii" y sus reflejos en la legislación del impuesto de derechos reales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre 1942; también Ossorio Morales: «Las servidumbres personales», Madrid, 1936, págs. 25 y 26, notas 31-33; Sánchez Jiménez: «El concepto del derecho real y el usufructo», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, mayo 1930, págs. 336 y sigs.; y Roca Sastre: «Instituciones de Derecho hipotecario», 1.<sup>a</sup> edic., Bosch, Barcelona, I, páginas 318 y 319.

(2) La teoría medieval del dominio dividido es la que nuestro legislador ha acogido para explicar la naturaleza jurídica de la enfiteusis. Y demuestran que esto es así, dice Roca Sastre («Instituciones de Derecho hipotecario», I, pág. 340), «no sólo el concepto que de la enfiteusis da el artículo 1.605 del Código civil, sino también el reconocerse indistintamente a los dos titulares el resorte de recomposición del dominio, pues se atribuyen a ambos los medios consolidadores del tanteo y retracto, prescripción y dimisión o renuncia, y si el enfiteuta tiene el remedio de la redención, el dueño directo tiene el del comiso, lo que prueba que el centro de atracción dominical tanto reside en el derecho de uno como en el del otro».

Un estudio muy completo sobre la naturaleza jurídica del derecho de enfiteusis puede verse en el trabajo de Simoncelli: «*Studi sull'enfiteusi*», en «*Scritti giuridici*», vol. I, Roma, 1938, págs. 131 y sigs.

piedad no se halla dividida entre ellos por cuotas homogéneas, sino en cuotas o fracciones de desigual naturaleza, concurriendo sobre la cosa poderes jurídicos de carácter y valor diverso (1).

### III.—FORMAS EN QUE SE ORGANIZA Y ESTRUCTURA LA COTITULARIDAD.

Ciñéndonos, pues, exclusivamente a los supuestos en que las participaciones de los sujetos cotitulares de un derecho son equivalentes desde el punto de vista cualitativo, o sea a aquellas situaciones de titularidad conjunta en que cada uno de los sujetos es, por así decirlo, titular de una fracción del derecho principal de la misma naturaleza que éste, cabe pensar, no obstante, en diversas formas organizadoras de la titularidad plural o compuesta, en estructuras distintas para resolver el problema jurídico que surge cuando varias personas tienen derechos iguales sobre una misma cosa o derecho.

Fundamentalmente, se concibe estructurada la relación de cotitularidad bajo una de las siguientes formas :

a) *La persona jurídica*.—El Derecho, ante el conflicto planteado por la coexistencia de pretensiones equivalentes sobre un mismo objeto jurídico, puede resolverlo mediante la creación de *un nuevo sujeto*, distinto de los individuos, y al que quedan vinculados de modo unitario los referidos poderes subjetivos. Ahora bien, en rigor de doctrina, dicho supuesto queda radicalmente excluido del campo de la cotitularidad, pues en él lo que se produce es un traspaso patrimonial, de tal modo que *ya no se trata de una titularidad compuesta* perteneciente a varios sujetos individuales, sino de *una titularidad simple* conectada a un nuevo ente constitutivo de una persona moral diferente de los elementos singulares que le sirven de substrato. Los bienes que los socios aportan a una sociedad legalmente constituida, no se encuentran en régimen de comunidad o cotitularidad ; los socios no son titulares con-

(1) A esta concepción del usufructo y la enfeiteusis como situaciones de dominio dividido responden los artículos 127 y 134 de la ley Hipotecaria, al considerar también como terceros poseedores al que hubiese adquirido el usufructo o el dominio útil de la finca hipotecada, o bien la nuda propiedad o el dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo.

juntos de los elementos patrimoniales que componen el haber social. El titular de los mismos es único: la Sociedad. Ellos no tienen contra ésta más que una simple pretensión crediticia o de índole corporativa por el valor de su aportación reconocida. Los socios no son dueños; la única propietaria es la Sociedad (1).

Del ámbito y noción de la comunidad y la cotitularidad hay que excluir totalmente estos supuestos, en los que, como expediente de unificación de voluntades y titularidades individuales, se crea un nuevo ente jurídico en quien se conecta una titularidad simple.

b) La situación de *mera mancomunidad o mancomunidad simple* (2), la cual se produce cuando siendo divisible el contenido entero del derecho (esto es, que todas las facultades que lo integran pueden ser ejercidas en una fracción; por ejemplo, un crédito divisible), en caso de pluralidad de titulares u obligados, se *descompone en varios derechos u obligaciones parciales*. Aunque, en realidad, tampoco aquí se puede afirmar la existencia de una propia relación de cotitularidad, ya que, al romperse el derecho, éste deja de ser común y se convierte en varios derechos independientes pertenecientes privativamente a cada uno de los titulares (3).

En el caso anterior se produce la destrucción de la cotitularidad mediante una mutación del elemento subjetivo de plural en unitario; en éste, por el contrario, se suprime dicha situación en virtud de un fenómeno de desdoblamiento o multiplicación del elemento objetivo (el derecho). En uno se actúa por síntesis; en el otro, por atomización.

c) La situación de *comunidad por cuotas ideales* (comunidad

(1) Cfr. Ferrara: «Teoría de las personas jurídicas», trad. española de Ovejero y Maury, Madrid, 1929, págs. 548-549; vid. también resolución de 3 de febrero de 1898 y sentencia de 16 de noviembre de 1893.

(2) De Castro: Ob. cit., pág. 493; Enneccerus: Ob. cit., I, pág. 302.

(3) Hace notar De Castro que en la situación de mera mancomunidad «se suprime la cotitularidad mediante una presunción de división del Derecho, por partes iguales, entre los sujetos». Así, dice el art. 1.138 del Código civil: «Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos uno de otros.»

de tipo romano) (1), la cual se origina, como dice Enneccerus (2), cuando el contenido del derecho es divisible en ciertos aspectos, pero no en todos ellos; es decir, si algunas, pero no todas las facultades, pueden ejercitarse en una fracción, como, por ejemplo, la propiedad (3).

*d)* La situación de *comunidad en mano común* (comunidad de tipo germánico), que tiene lugar cuando un derecho divisible o indivisible corresponde en conjunto e indiviso a varios sujetos, de suerte que sólo el mancomún de ellos colectivamente está autorizado para ejercer el señorío jurídico, y especialmente para disponer de tal derecho (4).

*e)* La situación de *titularidad solidaria* (5), existente cuando el derecho pertenece por entero a cada uno de los partícipes, sin que por esto el contenido del mismo se multiplique, porque sólo puede ser realizado una sola vez. Cada uno de los sujetos puede ejercer, como único titular, el poder total del derecho, pero su realización por cualesquiera de ellos afecta a todos los titulares del mismo, de modo que opera su completa extinción (6), pudiéndose decir que a favor de cada titular existe una legitimación total para ejercitar y desenvolver el contenido entero del derecho común (7).

Así, pues, entendida en su sentido propio y restringido la relación de titularidad conjunta, hay que excluir de su campo aquellos casos en que el derecho se divide materialmente entre los titulares, surgiendo tantos derechos distintos cuantos son los sujetos (mancomunidad simple, art. 1.138 Cód. civil); e igualmente aquellos otros en que, manteniendo íntegramente la unidad del

(1) Ferrara: «Trattato», pág. 455; De Castro: Ob. cit., pág. 493.

(2) Enneccerus: Ob. cit., Parte General, vol. I, pág. 303.

(3) Cuestión debatidísima es la relativa a la naturaleza jurídica de la copropiedad. Un estudio completo y sistemático de todas las teorías puede encontrarse en la monografía de Donderis Tatay: «La copropiedad», Madrid, 1933, págs. 31-67.

(4) Ferrara: «Trattato», pág. 455; De Castro: Ob. cit., pág. 493; Enneccerus: Ob. cit., «Parte General», vol. I, pág. 302.

(5) Vid., arts. 1.137, 1.141, 1.142, 1.143, 1.144, 1.145, 1.146, 1.147 y 1.148 del Código civil.

(6) Vid. Ferrara: «Trattato», pág. 455; De Castro: Ob. cit., pág. 493; Enneccerus: Ob. y lug. cits., pág. 303.

(7) Cfr. Cosack: «Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts», vol. II, Jena, 1924; edit. Gustav Ficher, lib. V, pág. 72.

derecho, se crea un ente distinto como estructura superior unificadora y comprensiva de una pluralidad de sujetos (persona jurídica).

#### IV.—LA COMUNIDAD.

##### A) *Ambito de la misma.*

Se plantea el problema, no exento de interés, de precisar y determinar cuál es el ámbito de la comunidad o, dicho de otro modo, de concretar qué elementos o entidades objetivas son susceptibles de servir como soporte a una relación de comunidad.

No faltan autores que hacen extensivo el concepto de comunidad a toda suerte de derechos. «El derecho de la comunidad—dice Cosack (1)—regula las específicas relaciones jurídicas que vienen a nacer en el momento en que determinados derechos pertenecen comúnmente a varias personas o cuando determinadas obligaciones gravan comúnmente a varias personas.» «Ya que los derechos comunes—añade el propio autor—pueden ser tanto créditos, como derechos reales o derechos de cualquier otra clase, y como para todos estos casos en lo esencial rigen las mismas reglas, es poco aconsejable que se disgregue el derecho de la comunidad en su estudio, en una parte, en el derecho obligacional, y en otra, en los derechos reales.»

En el mismo sentido se expresa Siesse (2), diciendo que «la noción de comunidad es susceptible de aplicarse a *todos los derechos subjetivos*», afectando «tanto a la esfera de *las obligaciones* como al campo de *los derechos reales*», por cuanto «la indivisibilidad y la solidaridad no son, en efecto, sino los aspectos más familiares de la obligación común».

Por el contrario, otros autores, entre ellos Ferrara (3), afirman que la idea de comunidad es *ajena a los derechos de crédito*, quedando reducida al orden de los derechos reales, ya que «en las relaciones obligatorias rige la regla de que la deuda se divide, dando lugar a otros tantos derechos parciales autónomos, mientras que la comunidad supone la existencia de un derecho sobre la misma cosa indivisa. Tampoco es aplicable el concepto a las obligaciones soli-

(1) Cosack: Ob. y lug. cits., pág. 1.

(2) Siesse: «Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé», París, 1923, pág. 4.

(3) Ferrara: «Teoría de las personas jurídicas», pág. 417, nota 1.

darias, en las que debe verse una pluralidad de obligaciones que tienen por objeto una prestación idéntica, y que sólo están unidas por un vínculo por el cual la satisfacción de una extingue las demás; ni a las obligaciones indivisibles, en las que también hay que considerar obligaciones autónomas de varias personas sobre un entero que debe ser prestado de una sola vez, por lo que puede adoptarse como regla que tanto como son los acreedores o deudores, son las relaciones de obligación, por lo que el concepto de cotitularidad es inaplicable».

Esta afirmación es exacta en lo relativo a las relaciones obligatorias de carácter mancomunado, ya que en ellas se produce la descomposición del derecho en varios derechos parciales independientes, pero, en cambio, no puede admitirse por lo que se refiere a las obligaciones solidarias e indivisibles, ya que, en contra del insigne y malogrado civilista italiano, no vemos en ellas más que una sola obligación y un solo crédito cuyo cumplimiento incumbe y cuyo ejercicio corresponde por entero a todos y cada uno de los sujetos individualmente, sin que sea necesario pensar en la existencia de tantas obligaciones y créditos cuantos son los titulares (1). En realidad, pues, no hay inconveniente dogmático alguno para, considerando muy ampliamente la idea de comunidad, extenderla a todos aquellos supuestos en que *un derecho subjetivo privado cualquiera* pertenece materialmente indiviso a varias personas, ostentando éstas respecto al mismo potestades jurídicas análogas. De esta forma, la comunidad recae no sólo sobre derechos de naturaleza real, sino también sobre simples pretensiones crediticias o personales, e inclusive sobre derechos de carácter o contenido no patrimonial (derechos de familia, v. gr.), aplicándose no sólo a las relaciones activas, sino también a las de índole pasiva. Claro es que, indiscutiblemente, lo que así se hace es *equiparar o confundir los conceptos de comunidad y cotitularidad*, que vienen a asumir un significado equivalente e indistinto, sin que, de otro lado, se derive de ello utilidad alguna, ya que, incluso prácticamente, resulta con-

(1) La índole elemental de este trabajo y las limitaciones de espacio nos impiden entrar a fondo en el examen de la naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias e indivisibles, pero, y eso sí queremos consignarlo; no vemos razón alguna para dejar de considerarlas como una obligación simple, como un vínculo sencillo.

traproducente, por cuanto, a pesar de la opinión contraria de Cosack, son totalmente diversas las reglas por las que se rigen las obligaciones solidarias e indivisibles, por un lado, y los derechos reales comunes, por otro, bastando para ello comparar los artículos 392 a 406 y 1.137 a 1.148 de nuestro Código civil.

Nada se obtiene ni se consigue con generalizar excesivamente el concepto de la comunidad, si dicha generalización no va acompañada de una normación jurídica común a toda suerte de derechos colectivos. Por ello, y atendiendo sobre todo a razones prácticas, fuera quizás conveniente entender la comunidad en un sentido más restringido (recayente sólo sobre aquellas entidades capaces de soportar *un derecho de contextura real*), diferenciada, por tanto, de la idea más amplia de la cotitularidad (extensible a toda clase de derechos subjetivos).

De esta suerte, aparece la comunidad como una manifestación particularizada de la cotitularidad, una especie dentro del género; siendo el condominio una ulterior concreción, aun más limitada, de la figura de la cotitularidad: la comunidad del derecho de propiedad.

#### B) *Concepto y caracteres.*

Concretando lo dicho, y a fines tan sólo de ofrecer una definición provisional, cabe considerar la comunidad como *la proyección de la cotitularidad en la esfera del Derecho de cosas, o, lo que es igual, aquella especie de cotitularidad que se produce cuando la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho real o de un conjunto patrimonial es atribuida simultáneamente, en igual modo y en desigual medida, a varios sujetos*.

Una exégesis de este concepto nos ofrece cuáles son los requisitos que necesariamente han de concurrir para poder afirmar, en un caso concreto, la existencia de un estado de comunidad.

a) *Unidad de objeto.*—O, por mejor decir, la indivisión material del mismo. La titularidad plural ha de recaer sobre un mismo elemento o conjunto unitario de elementos patrimoniales.

b) *Pluralidad de sujetos.*—La comunidad no es más que un caso concreto, siquiera sea el más importante, del fenómeno de la multiplicidad de sujetos en una misma relación jurídica. Es necesaria la existencia de varios sujetos para que se dé la comunidad. Es indiferente, por el contrario, que dicha complejidad subjetiva

exista inicialmente, desde un principio, o sólo con posterioridad, es decir, originaria o derivativamente

c) *Identidad cualitativa de las pretensiones jurídicas.*—Como ya se ha dicho, la participación de los distintos sujetos en el aprovechamiento de la cosa o derecho común ha de ser sustancialmente idéntica; el derecho ha de ser atribuido en igual forma a todos ellos. Como dice Siesse (1), «para que haya una comunidad, es preciso y suficiente que exista una pluralidad simultánea de pretensiones jurídicas idénticas». En cambio, es por completo indiferente que sea igual o desigual la medida o cuantía de las respectivas cuotas o porciones correspondientes a cada uno de los comuneros. Esta exigencia igualitaria en cuanto a la esencia de las porciones que pertenezcan a cada uno de los copartícipes, distingue, como ya se vió con anterioridad, la comunidad de aquellas otras situaciones en que concurren sobre un mismo objeto potestades jurídicas esencialmente diversas (2), o sea de los supuestos de titularidad dividida o desmembrada, en los que existe una distribución sustancialmente desigual de las facultades o derechos que integran una relación jurídica determinada (usufructo y nuda propiedad, dominio directo y dominio útil, etc.).

d) *Llamamiento simultáneo.*—Esto es, que en un momento concreto haya una vocación coetánea de varias personas a participar en igual forma de las ventajas que procura una titularidad jurídica. No existe, por tanto, comunidad en los derechos a término, en las sustituciones hereditarias, en el usufructo constituido sucesivamente a favor de varias personas, etc., ya que falta la contemporaneidad en la existencia de los derechos iguales. Hay, sí, una coexistencia de derechos, pero lo es de derechos diferentes. Ante estos supuestos, se ha hablado de *condominio sucesivo o futuro* (3), considerando el *dominio dividido en el tiempo*. Pero esto, en modo alguno puede ser aceptado, porque en dichas situaciones no se da la fun-

(1) Siesse: Ob. cit., pág. 3.

(2) Dice el propio Siesse (ob. cit., pág. 3), que «esta condición de la concurrencia cuantitativa de pretensiones rivales análogas basta para diferenciar la comunidad de situaciones jurídicas que constituyen un desmembramiento cualitativo de un derecho».

(3) Vid. Poal y Jofresa: «Estudios jurídicos y notariales», Barcelona, 1899, págs. 181-184.

damental característica de la comunidad: la igualdad de las pretensiones jurídicas que actúen sobre una cosa o derecho, pues mientras uno de los sujetos tiene un derecho pleno y perfecto (aunque sea resoluble o transitorio), el otro no tiene más que una expectativa de derecho (*ius in fieri*) de carácter más o menos eventual y transitorio. Además, nada se gana con admitir estas figuras del condominio sucesivo, ya que no guardan con la comunidad ni siquiera un remoto parecido, y su nomenclatura, sobre ser prácticamente inútil y teóricamente discutible, se puede prestár a equívocos.

e) *Indivisión material del vínculo*.—No existe, por ello, comunidad en las ya mencionadas situaciones de mera mancomunidad o mancomunidad simple, ya que en ellas la participación de varios sujetos genera la descomposición del vínculo jurídico en varios vínculos distintos, viniendo a menos la unidad del derecho subjetivo (1).

f) *Unidad de la relación jurídica*.—Es decir, que las distintas titularidades parciales correspondientes a cada uno de los sujetos tengan un común origen. Por esta razón, no puede reputarse existente un estado de comunidad en aquellas situaciones en que dos o más sujetos pueden ejercitar o desenvolver un determinado derecho o facultad, pero no por pertenecerles colectivamente una misma relación jurídica, sino por razón de relaciones jurídicas distintas que traen su origen de causas diferentes. Así, por ejemplo, cuando el dueño de una cosa constituye sobre ella un derecho de prenda, de hipoteca o de anticresis, o un usufructo de disposición (2), lo que hace es atribuir al acreedor pignoraticio, al hipo-

(1) Es por ello equivocado el criterio de Cosack al incluir dentro de la comunidad, no sólo la mano común, sino la comunidad romana y la solidaridad, sino también la mera mancomunidad. (*Gemeinschaft mit Teilberechtigung*). Ob. y lug. cits., pág. 74.

(2) A partir de Kohler, se denomina usufructo de disposición (*Dispositionenmiesbrauch*) a aquella figura jurídica que surge cuando el usufructuario puede, en determinados casos, disponer de la propiedad de la cosa gravada, viniendo, con ello, a desvirtuar el principio *salva rerum substantia*. Vid., en la doctrina española, Beltrán de Heredia: «Usufructo sobre usufructo en la legislación española», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1941, págs. 296-299; y las admirables páginas que a este punto dedica Roca Sastre en sus «Instituciones de Derecho Hipotecario», I, primera edición, Bosch, Barcelona, 1942, págs. 324-328.

teario o al anticerético (1), o al usufructuario con facultad de disponer, el *ius disponendi*, la facultad de vender la cosa en caso de impago del crédito asegurado o cuando se den determinadas circunstancias, respectivamente, sin que, por otro lado, él resulte privado de dicha potestad dispositiva. Igualmente, el Código civil otorga simultáneamente el *ius reivindicandi* tanto al propietario (artículo 348) como al acreedor pignoraticio (art. 1.869). Y por lo que se refiere al *ius utendi*, hay ciertos casos (servidumbres de paso, por ejemplo) en que éste pertenece tanto al dueño del predio gravado como al titular del *ius in re aliena*. Pues bien, en todos estos casos, aun cuando varias personas pueden ejercitar una misma facultad, no hay verdadera cotitularidad, sino más bien todo lo contrario: *una concurrencia de titularidades totalmente diversas*. No es que varios sujetos (el dueño y el titular del derecho real en cosa ajena) ostenten de modo conjunto la titularidad de una misma facultad dominical, sino que sobre una cosa o derecho *coexisten dos titularidades distintas de rango y origen bien diferentes*; y de ahí que, en caso de conflicto, debe prevalecer una sobre otra, siendo ordinariamente la que cede la correspondiente al dueño de la cosa (2), (3).

Prescindiendo de la solidaridad, nos encontramos con dos formas distintas organizadoras de la situación de comunidad: la romana y la germánica; la comunidad por cuotas ideales y abstractas y la comunidad en mano común o sin cuotas.

JUAN GARCÍA-GRANERO.

(1) Es cuestión muy discutida, especialmente en la doctrina francesa e italiana, si el anticresista goza o no de prelación sobre el valor en venta del inmueble gravado. En un reciente trabajo («Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, julio-agosto 1945), hemos sostenido la tesis afirmativa, reclamando para la anticresis la naturaleza de derecho real. En sentido análogo vid. el documentado trabajo de Sanz Fernández «El derecho de preferencia en la anticresis», en Revista de Derecho Privado, abril 1943.

(2) Así, es siempre preferente el derecho del dueño del predio dominante sobre el dueño del predio sirviente; y las enajenaciones que haga el propietario vienen a quedar subordinadas a las que haga el usufructuario con facultad dispositiva o a la suerte que en su día corra el crédito hipotecario, según los casos.

(3) Vid. J. González: «La renuncia en el Derecho Inmobiliario», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, abril 1931, págs. 278-281.

# Consideraciones sobre el «rango» y la nueva Ley de Reforma Hipotecaria

Voy a partir de ideas sobradamente conocidas.

La inscripción de un título impide la de cualquier otro que le contradiga, aunque éste sea de fecha anterior. En cambio, tratándose de títulos comprensivos de derechos compatibles entre sí no hay inconveniente en la inscripción sucesiva de todos ellos; pero el orden de su respectiva llegada al Registro provoca un paralelo escalonamiento de rango.

Son estas manifestaciones vivas del llamado «principio de prioridad». Y es que, en efecto, este principio—reflejo hipotecario del *prior tempore potior jure*—desemboca en aquella doble consecuencia: en la hipótesis de derechos opuestos y recíprocamente excluyentes, *cierre* del Registro a los que «allegan después», producido por la inscripción del que «llegó antes». En el supuesto de derechos mutuamente conciliables, *rango preferente* del que sea «primero en el tiempo»—primero en asentarse en los libros del Registro—, respecto de los que ingresen con fecha posterior en la oficina hipotecaria.

Con todas sus deficiencias, el Derecho positivo español recoge, legislativamente, la doble proyección aludida del principio de prioridad.

El artículo 17 de la Ley Hipotecaria—antes y después de la reforma del año 44, nada sustancial en este punto—contempla la hipótesis de derechos incompatibles—hoy expresamente aludidos en el precepto legal—y decreta el cierre del Registro para los títulos rezagados.

Los artículos 28, 26 y 70 de la misma Ley, no afectados por la reforma, y el espíritu—ya que no la letra—del suprimido párrafo

segundo del antiguo artículo 25, vienen a establecer el dogma del rango—en correspondencia con la fecha de la inscripción—entre los derechos inscritos que no se excluyen entre sí. Y más todavía: el artículo 107, número 4, recoge la misma idea con referencia concreta a las hipotecas.

De las dos proyecciones del principio de prioridad—«cierre registral» y «rango» de los derechos inscritos—, la primera no interesa por quedar al margen del objeto de este trabajo. En cambio, sujetan por entero mi atención las cuestiones relacionadas con el «rango».

El concepto de rango es un concepto de relación, imposible de concebir de un modo aislado. Hablar del rango de un derecho lleva, como de la mano, a pensar en otro u otros derechos frente a los cuales aquél estará, o en una situación de preferencia, o en una postura de inferioridad. Y es que eso precisamente, esa situación de privilegio o de postergación en que se hallan los derechos al relacionarse unos con otros, eso es el «rango». Y el rango—que no es en sí un derecho, sino parte del contenido del derecho a que se refiere—tiene una decisiva importancia; desde luego; en el aspecto económico, y también en el jurídico. No es sólo—matiz económico—que una primera hipoteca *valga más* que una hipoteca segunda; es que, jurídicamente hablando, la naturaleza de ambas es diferente.

La demostración en lo económico no precisa la rebusca minuciosa de argumentos; que así de rotunda y clara se ofrece la tesis a demostrar. Una hipoteca primera vale más que la segunda, simplemente porque aquélla tiene más probabilidades de efectividad que ésta; porque, puestos en el trance de la ejecución, llegado el momento de extraer de la finca hipotecada su valor para aplicarle al pago de la obligación asegurada, la hipoteca primera es... eso: la primera que puede irrumpir en aquel valor extraído del inmueble y tomar de él, sin que nada ni nadie estorbe la tarea y sin consideración a lo que quede para satisfacer los créditos posteriores, la cantidad necesaria para dejar cumplidamente satisfecho el crédito por esa primera hipoteca garantizado. Y esta prelación no tiene trascendencia si el importe obtenido al vender la finca hipotecada es suficiente para pagar todos los créditos hipotecarios. Pero—sobre la base de la preferencia de que goza el primer acreedor—si aquel importe no alcanza, los acreedores posteriores quedarán totalmente

impagados, o pagados sólo en parte. Por eso tener una primera hipoteca es simplemente—si se me permite la expresión—ser el primero en la «cola» de acreedores hipotecarios. Y no se olvide cómo se cotiza ese primer puesto, sobre todo si lo que se apetece no abunda.

En lo jurídico, tampoco la demostración resulta excesivamente difícil, pero exige un análisis más meditado.

La idea cardinal en que descansa la distinta consideración jurídica de las hipotecas por razón de su rango es ésta: una segunda o posterior hipoteca—y no una primera—está sujeta a una especie de condición resolutoria. Así lo viene a establecer la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria al disponer que el Juez, una vez verificado el remate o la adjudicación en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, «... ordenará la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor, y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones *posteriores* a la inscripción de aquélla...». La extinción, pues, de esas hipotecas posteriores a la del acreedor que fué a la ejecución depende de un acontecimiento futuro e incierto—noción clásica de condición resolutoria—, cual es que dicho acreedor hipotecario ejecute. Una vez consumada la ejecución, las hipotecas de inferior rango a la del ejecutante dejan de existir. La condición resolutoria de que dependía la subsistencia de aquéllas se ha cumplido—*condictio existit*—, y los asientos referentes a todas esas desaparecidas hipotecas posteriores tienen que ser cancelados.

Si, pues, ejecutado un crédito hipotecario han de cancelarse la inscripción que la contiene y todas las posteriores, ello quiere decir—lo dice terminantemente la regla octava del artículo 131 de la Ley Hipotecaria—que las anteriores quedan subsistentes. Por eso la hipoteca primera—que es anterior y preferente a todas las demás—siempre estará en la posición privilegiada—cualquiera que sea el rango del crédito hipotecario ejecutante—de gravamen que ha de quedar subsistente aun después de consumada la ejecución y nunca se encontrará en esa otra postura jurídica y prácticamente incómoda e inestable, a virtud de la cual la subsistencia de dicha primera hipoteca dependería de que fuese ejecutada otra hipoteca de rango preferente que, naturalmente, no existe. En resumen: cualquier hipoteca, que no sea la primera, vive en constante amenaza de re-

solución ; esta resolución llegará, cuando culmine el procedimiento judicial sumario del artículo 131, incoado por un acreedor hipotecario preferente. En cambio, la hipoteca primera—que por ser primera goza de un rango superior al de todas las demás—está completamente libre de este peligro resolutorio.

Vayamos coordinando ideas y fijando conceptos. Hemos visto —y creo que he demostrado—que el rango de los derechos influye decisivamente en su valor económico y en su naturaleza jurídica. He sentado la tesis—a mi juicio irrefutable—de que las hipotecas primeras valen más—matiz económico—que las posteriores ; y de que así como dichas hipotecas primeras no están sujetas a resolución—matiz jurídico—que tenga su raíz en el procedimiento ejecutivo regulado por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria sobre las hipotecas segundas y posteriores pesa constante la amenaza resolutoria—que sanciona la regla 17 de aquel precepto legal—provocada por la posible ejecución de cualquier hipoteca preferente.

Y al llegar a este punto en la reflexión, al pensar que una primera y una segunda hipoteca—hipotecas las dos—son distintas en lo económico y en lo jurídico (1) sencillamente porque tienen rango diferente es cuando parece como si viéramos al rango eruirse sobre sí mismo y, alegando con razón, que, a su conjuro, derechos iguales se hacen distintos, reclamar de la ciencia jurídica y del Derecho positivo el reconocimiento de su importancia y hasta de su independencia. Un importante sector de la doctrina se deja vencer por tan justas alegaciones y proclama al rango «valor patrimonial negociable». Pero, ¿y el Derecho positivo ?

El anteproyecto de reforma de la Ley Hipotecaria se adscribía resueltamente al sistema de puestos fijos, y, frente al principio español de avance automático de los gravámenes posteriores al extinguirse los preferentes, declaraba con valentía que «la fecha del asiento determinará el rango hipotecario, sin que la cancelación de los derechos anteriores o su adquisición por el titular de la finca o de recho permita a los posteriores ocupar el puesto libre, salvo lo dispuesto en esta Ley». Y ya, sobre la base de esta transformación

(1) Así lo reconocen, por ejemplo, el alemán Nussbaum—«Tratado de Derecho hipotecario alemán», pág. 74—y el español Roca Sastre—«Instituciones de Derecho hipotecario», tomo III, pág. 63—; lo cual prueba que es una verdad innegable en ambos climas jurídicos.

radical del sistema español en este punto—sistema que, al fracasar el anteproyecto, sigue siendo el vigente—, aquel intento legislativo proclamó que «el rango hipotecario tendrá la consideración de valor patrimonial negociable», y admitió, con diversos matices, los «cambios y reservas de rango».

Pero la Ley de reforma de 30 de diciembre de 1944, mucho más modesta, mucho más tímida que el anteproyecto, no introduce innovación alguna en tan interesante materia y deja las cosas exactamente igual que estaban. ¿Qué justificación puede tener este «frenazo» legislativo? ¿Quizás la idea de que la hipoteca del propietario —íntimamente ligada con el sistema de puestos fijos—ha sido poco menos que un fracaso en la propia Alemania? ¡Este parece ser el capital argumento en pro del *statu quo*, y así podemos leer en el preámbulo de la Ley de 30 de diciembre de 1944 lo que sigue: «La hipoteca de propietario no ha sido aceptada. Se juzgó conveniente no apartarse del clásico apotegma *nemini res sua servit* y del tradicional carácter accesorio de nuestra hipoteca. Esta forma de garantía no goza hoy del predicamento que en pasadas fechas obtuvo. Conforme arguyen los mismos tratadistas de los países que le dan acogida, se trata de una modalidad hipotecaria extremadamente compleja que, a una gran discrepancia teórica, ha sumado múltiples dificultades prácticas.»

Pero si es esta la razón fundamental de que permanezca nuestro Derecho positivo inalterado en este extremo—sólo a ella se refiere la exposición de motivos de la nueva Ley—, he de confesar que el argumento no me convence y que hubiera deseado un cambio radical en la legislación española. Hago descansar mi oposición al sistema vigente en este triple apoyo: 1.º No es lo mismo «régimen de puestos fijos» que «hipoteca de propietario». 2.º Cabe la aceptación de aquel régimen sin admitir de un modo explícito este tipo de hipotecas. 3.º Aun suponiendo inconcebible un sistema de puestos fijos sin hipoteca de propietario, creemos que las ventajas de aquél superan en mucho a los inconvenientes de ésta.

1.º No es lo mismo—digo—«régimen de puestos fijos» que «hipoteca de propietario». En efecto; lo primero es todo un sistema de ordenación, de concepción del derecho de hipoteca. La «hipoteca de propietario» es una aplicación particular, un matiz específico,

una consecuencia, si se quiere, de aquel régimen, pero no el régimen mismo.

Lo trillado del tema me libera de un estudio detenido acerca de este sistema o «régimen de puestos fijos» que la técnica hipotecaria contrapone al denominado «sistema de elasticidad». Sólo daré unas rápidas pinceladas—que sirvan de recuerdo más que de explicación—para que no quede truncada mi cadena expositiva.

Siendo la hipoteca un derecho de realización de valor, el poder de su titular se proyecta sobre el valor en cambio de la finca hipotecada, ya sea sobre todo el valor, ya sobre la parcela de valor respectiva. En la primera hipótesis—sistema romano—como cada hipoteca, independientemente de su rango, recae sobre la totalidad del valor del inmueble gravado cuando concurren varias hipotecas en una misma finca, tal concurrencia impone una compresión de las hipotecas entre sí sobre la base del rango. Y así, si contemplamos una segunda hipoteca—que recae exactamente igual que la primera y que las posteriores sobre la totalidad del valor del inmueble—, podemos observar que su expansión natural a todo ese valor se ve comprimida por la existencia de la primera hipoteca, la cual, por tener superior rango, goza de prelación. Se comprende por ello que siendo la existencia de la hipoteca primera la causa de que esté comprimida la segunda, si se extingue esa primera hipoteca, la segunda se vea libre de aquella limitación y, avanzando un puesto, pasa a ocupar el sitio de rango preferente.

En cambio, en la hipótesis segunda—sistema germano—cada hipoteca tiene por objeto su parcela de valor respectiva, y ello la sitúa al margen de todas las vicisitudes porque puedan pasar las hipotecas restantes concurrentes sobre un mismo inmueble. La desaparición de una hipoteca preferente provoca el vacío del lugar que ella ocupaba, pero no repercute en las posteriores, cuyos puestos no avanzan, no se alteran. Con razón este sistema germano es denominado de puestos fijos, o de rango fijo, como dice Ignacio de Casso.

Este es el sistema ; y del sistema salta el Derecho alemán a la hipoteca de propietario. Por lo que, si la esencia del régimen germano consiste en que no avancen las hipotecas posteriores al extinguirse las preferentes, ello se traduce—ya lo hemos dicho—en que el puesto que ocupaba la hipoteca desaparecida queda vacío.

Se produce el mismo fenómeno—se ha repetido en ejemplo ya clásico—que cuando se quita uno de los libros colocados en un estante. Pero, claro está, no era posible dar realidad al principio de inmutabilidad de los puestos si no se llenaba el espacio libre dejado por la hipoteca preferente desaparecida. Ante este problema, la práctica de varias regiones alemanas entendió que el dueño del inmueble adquiría para sí la hipoteca vacante, quedando, por tanto, a su disposición aquel puesto vacío. Y surgió la hipoteca de propietario.

2.º Cabe la aceptación de aquel régimen—el de puestos fijos—sin admitir de un modo explícito este tipo de hipoteca. Me refiero a la hipoteca de propietario designada con tal nombre y concebida como tal hipoteca. Para la defensa de esta tesis basta que hagamos la siguiente reflexión: lo verdaderamente indispensable al sistema de puestos fijos es que el propietario del inmueble gravado *ocupe el espacio que dejó vacío la hipoteca preferente desaparecida, pero no es menester que esa ocupación la haga como titular de un verdadero derecho de hipoteca recayente sobre su propia finca*. Destaco estas palabras porque ellas fijan, a mi modo de ver, la medula de la cuestión. Sin que el propietario llene el puesto que dejó libre la extinguida hipoteca, no hay sistema de puestos fijos; pero es que hacer al dueño titular—sobre su propio inmueble—de la hipoteca desaparecida no es el único medio de lograr aquella finalidad. Nussbaum (1) nos brinda la fórmula certera: «... concebir la hipoteca de propietario como parte formalmente sustantivada e independiente de las facultades implícitas en el dominio, ajustada al tipo de la hipoteca y sujeta—con ciertas restricciones—a sus normas». Yo, siguiendo por ese camino, daría un paso más: suprimiría la sospechosa etiqueta «hipoteca de propietario», repelente para la ideología jurídica española que no concibe más que la hipoteca accesoria y sobre cosa ajena.

¿Se quiere una confirmación casi legislativa de mi punto de vista? Nos la ofrece rotunda el tantas veces citado anteproyecto de reforma de la Ley Hipotecaria. En aquel intento normativo que consagró, según ya vimos, el sistema de puestos fijos—«... sin que la cancelación de los derechos anteriores o su adquisición por

(1) Ob. cit., pág. 77.

el titular de la finca o derecho permita a los posteriores ocupar el puesto libre...»—no se hablaba de la hipoteca de propietario y se vertían estas terminantes palabras: «La constitución de derechos a favor del propio titular no tendrá valor jurídico.»

He aquí lo que el anteproyecto nos ofrecía: admisión del sistema de puestos fijos, repulsa terminante del concepto y de la etiqueta de hipoteca de propietario. Mi tesis de la posible existencia del uno sin el reconocimiento de la otra plenamente confirmada.

3.º Aun suponiendo inconcebible un sistema de puestos fijos sin hipoteca de propietario, creo que las ventajas de aquél superan en mucho a los inconvenientes de ésta. Voy a suponer contra lo que acabo de demostrar, que no puede haber puestos fijos sin hipoteca de propietario en sentido estricto, es decir, sin hacer al dueño del inmueble gravado titular de una verdadera hipoteca que recaerá sobre su propia finca y que vendrá a ocupar el puesto que dejó vacío la hipoteca extinguida. Pues bien; aun admitido esto, me pronuncio resueltamente en favor del sistema de puestos fijos. Es verdad que choca con la concepción española de la hipoteca —derecho accesorio de una obligación principal y recayente sobre cosa ajena—, esta extraña hipoteca de propietario, sin crédito a garantizar y constituida sobre cosa propia, pero no es menos exacto que el injusto avance de rango de los gravámenes posteriores al extinguirse el preferente va contra la ética y la equidad porque produce un enriquecimiento injusto—*inmotivado*—en beneficio de esos titulares de derechos de inferior rango. Admitir la hipoteca de propietario es algo contrario a la técnica jurídica española; pero mantener el sistema elástico de corrimiento, de avance automático de los puestos ocupados por hipotecas posteriores al extinguirse la preferente, está en abierta pugna con la justicia y con la equidad. Y, francamente, en la lucha entre la justicia y la técnica es ésta, sin duda de ninguna clase, la que debe salir derrotada.

Lo injusto del sistema elástico o de avance automático fué puesto de relieve magistralmente por la exposición de motivos del Código civil alemán. «La seguridad—decía aquel preámbulo—que a cada acreedor ofrece una finca gravada con varias hipotecas depende principalmente del lugar de su hipoteca; al constituirse las segundas y posteriores, las condiciones del gravamen se determi-

nan con sujeción al supuesto de que el acreedor sólo obtiene la escasa seguridad correspondiente a la categoría de su hipoteca. Si la segunda, al extinguirse la primera, asciende a puesto mejor, esta ventaja del acreedor respectivo no se tiene en cuenta al constituir la hipoteca. Esto así, al extinguirse una primera hipoteca, el propietario de la finca no podría nuevamente recurrir al crédito en las mismas condiciones en que lo hizo para la primera hipoteca, sino en las desfavorables de las hipotecas ulteriores, con lo cual, al adelantarse una segunda hipoteca se le causaría un perjuicio. Es equitativo garantizar la posibilidad de emplear en un nuevo acreedor la seguridad que ofrecía al primero su hipoteca, lo cual se logra manteniendo ésta a favor del propietario.»

Estos argumentos—brillantes e irrefutables—no están hechos a la medida del pueblo germano exclusivamente; no tienen su apoyo en verdades relativas, ligadas de modo más o menos directo con una geografía, o una raza, o una idiosincrasia determinadas. El irrefutable alegato contenido en el preámbulo del Código civil alemán resuena con acento incontestable en todas las latitudes porque descansa en una idea permanente y universal: en la idea de la justicia. Sencillamente, en Alemania, y en España, y en todos los confines, el sistema de puestos fijos es justo, y el de elasticidad, en cuanto enriquece inmotivadamente a los titulares de derechos que avanzan, es injusto.

Y ante esta realidad innegable—no encuentro argumentos que puedan convencerme de lo contrario—, ¿qué importancia puede tener la técnica sobre todo en un país como el nuestro en el que andan tan poco sobrados de ella los textos positivos?

Pero es que hay más (y conste que todavía estoy razonando sobre la base de que no existe otro medio viable para dar realidad al sistema de puestos fijos que la admisión de la figura jurídica «hipoteca de propietario» *stricto sensu*): está muy bien—discurro ahora por el cauce de la técnica jurídica—la repulsa española hacia esa hipoteca que ni es accesoria ni es *jus in re alienum*. El principio *nemini res sua servit* y el que proclama la accesoriedad de la hipoteca (artículos 1.857, número primero, y 1.876 del Código civil y 105 de la Ley Hipotecaria) son muy dignos, sin duda, de ser tenidos en cuenta. Pero no debe desdeñarse aquel otro—verdadero principio general del Derecho, sancionado, resueltamente por la

jurisprudencia, y al que podemos elevarnos por vía de generalización de los dispersos y fragmentarios preceptos contenidos en el Código civil—según el cual «nadie puede enriquecerse torticeramente en daño de otro». Y es a todas luces indudable que, en ese automático ascenso de rango de las hipotecas posteriores al quedar la finca libre de la hipoteca preferente, se produce un enriquecimiento injusto—sin causa—en beneficio de los titulares de esos gravámenes que avanzan a expensas del propietario del inmueble gravado. «El sistema de elasticidad o de compresión prelativa conduce—escribe Roca Sastre (1)—a ciertos casos de verdadera injusticia, de enriquecimiento sin causa, de perjuicio absurdo. Atribuye un beneficio inmerecido al segundo acreedor hipotecario que automáticamente avanza sin esfuerzo alguno y ocasiona un daño injustificado al propietario gravado que, habiendo eliminado un acreedor en primera hipoteca, no consigue salvar el puesto registral correspondiente.»

Ahora bien; incurriría en grave error quien creyese que nos encontramos frente a un caso rigurosamente técnico de «enriquecimiento injusto», de aquellos a los que pone remedio el Derecho positivo concediendo al que inmotivadamente se empobrece una acción personal de restitución—la *condictio*—esgrimible frente al que se ha enriquecido «sin causa». Es absurdo, en efecto, imaginarse al propietario de la finca accionando con una *condictio* contra los acreedores posteriores que han ascendido de rango. No; para que pueda hablarse con estricto tecnicismo de «enriquecimiento injusto», para que sea procedente la actuación de todo el sistema ofensivo que el ordenamiento de Derecho pone en mano del empobrecido, con el fin de que éste restablezca el equilibrio patrimonial injustamente roto, hace falta la concurrencia de una serie de requisitos, alguno de los cuales no se da en la hipótesis de avance automático de puestos, característica del sistema de elasticidad. Hay, sí, en este sistema un enriquecimiento de los acreedores hipotecarios que avanzan, correlativo al empobrecimiento del propietario que no salva el puesto registral vacante al extinguirse la hipoteca preferente, y estos enriquecimiento y empobrecimiento correlativos son notoriamente injustos. Hasta aquí vamos discurriendo por

(1) «Instituciones de Derecho hipotecario», tomo III, pág. 63.

el cauce preciso del típico enriquecimiento sin causa. Pero a partir de este punto surge la divergencia. La figura técnica del enriquecimiento supone un acto injusto, sí, pero injusto en su entraña, pudiéramos decir, y no «por fuera». Externamente el acto que produce el enriquecimiento injusto está plenamente conforme con el Derecho objetivo. Es más, precisamente por esta conformidad, se produce el desplazamiento patrimonial al que trata de neutralizar la acción de restitución. El que, por ejemplo, creyéndose deudor, paga lo que no debe se ajusta externamente a lo sancionado por la norma jurídica sobre el pago; por esta concordancia externa entre la norma y el hecho se producen, en principio, los efectos jurídicos del desplazamiento patrimonial de la cosa debida, característicos del pago efectivo; pero como es injusto—sin causa—el enriquecimiento del falso acreedor—la injusticia está, nótese bien, no en las consecuencias del pago, sino en las de haber pagado lo que no se debe—, el mismo Derecho objetivo, a quien ha de imputarse aquel despojo—que es lógico y natural—concede al despojado una acción con la que éste consigue la restitución, el desplazamiento de valor en sentido inverso.

Nos hallamos, pues, en el caso clínico de enriquecimiento sin causa frente a una norma jurídica *justa* y ante un acto *irregular* que armoniza sólo externamente con aquella norma. A consecuencia de esta concordancia exterior, el Derecho objetivo es víctima, pudiéramos decir, de un engaño, y sanciona como bueno lo que no lo es, lo que no tiene causa. Ello produce la injusticia de un enriquecimiento sin causa, al que pone remedio el mismo Derecho objetivo por medio de la acción restitutoria otorgada al injustamente empobrecido.

En cambio, en el sistema de elasticidad para la ordenación de las hipotecas, la injusticia está en la norma jurídica misma. No es que el sistema sea justo y que, en un caso concreto de concordancia superficial con la norma, se produzca la injusticia. No; ese avance inmotivado de las hipotecas posteriores al extinguirse la preferente—acoplado en lo externo y en lo interno a la absurda norma jurídica que lo sanciona—es injusto en sí porque mana directamente de una regla de Derecho ausente de justicia y de equidad.

Se impone—se imponía a los reformadores del 44—el abandono

total de este irritante sistema de elasticidad o de compresión prelativa, ya que, frente a los argumentos que he dejado sentados, nada deben valer escrúpulos ni escollos técnicos, que, por otra parte, pueden sortearse—según queda dicho—con relativa facilidad.

Más todavía: en el Derecho español—el abiertamente opuesto a la hipoteca no accesoria o no recayente sobre cosa ajena—pueden encontrarse «determinados supuestos excepcionales en los cuales respira—escribe Roca Sastre (1)—la figura de hipoteca de propietario». Y el gran hipotecario cita a continuación y *ad exemplum* los siguientes:

1.<sup>º</sup> Hipoteca constituida en garantía de títulos a la orden o al portador—a favor de los tenedores de las obligaciones—mientras dichos títulos se encuentren en poder del propietario hipotecante.

2.<sup>º</sup> Crédito hipotecario heredado por el dueño de la finca, o finca heredada por el titular del crédito, siempre que la aceptación de una y otra herencia tenga lugar a beneficio de inventario.

3.<sup>º</sup> Finca hipotecada adquirida por el acreedor a título de herencia sujeta a fideicomiso.

4.<sup>º</sup> Acreedor hipotecario que compra con pacto de retro la finca hipotecada, estipulándose que hasta que caduque el derecho de retracto no se cancelará la hipoteca.

Si pues existen en nuestro Derecho casos más o menos esporádicos de hipoteca de propietario, sin que por ello se escandalice la técnica española, ¿por qué no instaurar «en serio» el sistema de puestos fijos sin dar en él carta de naturaleza—que no hace falta—a la hipoteca de propietario en sentido estricto? ¿Por qué no hacer llegar a puerto legislativo la nave del anteproyecto con su valioso cargamento de técnica depurada y doctrina progresiva?

LUIS BOLLAIN.  
Notario.

(1) Ob. cit., tomo III, pág. 70.

## La caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria

El párrafo 4.<sup>º</sup> del artículo 41 de la vigente Ley Hipotecaria preceptúa que las personas designadas por el titular inscrito como causantes del despojo o perturbación de su derecho, si comparecen ante el Juzgado, han de prestar caución adecuada para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas.

El vocablo caución en nuestro actual Derecho se encuentra raras veces y con un significado tan impreciso que puede hacer dudar de su verdadero alcance o extensión. El Código civil (art. 495) exige la caución juratoria al usufructuario que no prestó fianza; la Ley de Enjuiciamiento civil (núm. 4 del art. 14) establece para el litigante declarado pobre la caución juratoria de pagar si viniere a mejor fortuna; el Código penal (art. 44) dice que la pena de caución obligará al reo a presentar un fiador abonado; el Convenio de 17 de julio de 1905, sobre procedimiento civil entre extranjeros, al tratar de la *cautio judicatum solvi* nos habla de los litigantes «dispensados de la caución, del depósito o de la fianza»; el preámbulo de la presente Ley Hipotecaria emplea la frase «fianza bastante», y el artículo 41 la de «caución adecuada».

Antes de la publicación de la primitiva Ley de Enjuiciamiento civil, y con ocasión de la *cautio judicatum solvi*, se suscitó la cuestión de si la fianza podía ser sustituida por la prenda o hipoteca cuando el demandado no encontraba fiador (*Encyclopédia Española de Derecho y Administración*, tomo VIII, pág. 80, edición de 1855). Y un ilustre tratadista de Derecho civil (Benito Gutiérrez, tomo V, página 34, edición de 1869) define la caución como «un contrato

por el que una persona añade su propia fe a la obligación contraída bajo la fe de otro».

La caución tiene su origen en Derecho romano, y tuvo como precedentes en el antiguo Derecho la apuesta del *sacramentum* con la previa ceremonia de la varita, que describe Gayo en la reivindicación de un esclavo y Homero en la *composición* o reparación de un homicidio; y más tarde en las *sponsiones* o compromisos verbales acompañados del *vadimonium* puro y con *satisfactione* o fiador. Las verdaderas cauciones fueron muy numerosas en el Derecho procesal y recibían el nombre del objeto que se garantizaba o del pretor que las introdujo, como la Muciana, de Mucius Scevola. En todas ellas se observan dos elementos: recelo o desconfianza hacia una persona y medidas precautorias contra el recelo; y ésa es su etimología: de *caveo*, recelar, y *cautio*, asegurarse de lo que se recela. Las medidas precautorias consistían en coartar la libertad de la persona de quien se desconfía, que siempre era el demandado o el Procurador del demandante; y la coartación era, bien moral, mediante el empeño de la palabra, o de responsabilidad pecuniaria, que abarcaba desde el valor patrimonial en litigio hasta una pena convenida o fijada. El constreñimiento moral se daba con la caución juratoria, y el material, generalmente mediante fiador, garantía predilecta de aquel pueblo, que veía en la fianza una especie de hipoteca tácita sobre todos los bienes del fiador y, por tanto, una seguridad no limitada; pero aunque la caución frecuente era la fianza, no por ello excluyeron la prenda e hipoteca. El *Digesto*, refiriéndose a la paga o solución, dice que «si el acreedor dió por recibido lo que por estipulación o sin ella estaba hipotecado, no aprovechará la palabra solución, pero bastara la satisfacción» (L. 46, t. 3, ley 49); y en un pasaje de la *Instituta* que se refiere al demandado que estando en el lugar donde se le demanda quisiere nombrar Procurador se lee «que puede él mismo presentarse ante el Juez y prestar por la persona que le ha de representar la caución *judicatum solvi* con una promesa solemne, u obligarse extrajudicialmente como fiador de su Procurador por todas las cláusulas de la misma caución; y entonces está obligado a dar hipoteca sobre sus bienes, ya haya prometido judicial o extrajudicialmente» (número 4, t. 11, L. 4.<sup>o</sup>). El mismo *Digesto*, en el libro 50, título 17, relativo a reglas de derecho, sienta en la ley 25 el siguiente aforis-

mo: «La caución real es más que la personal» (*Plus cautionis in re est, quam in persona*).

En el derecho de las Leyes de Partida y Recopiladas se exigía como caución, en primer lugar, la fianza; en su defecto, la prenda o hipoteca, y cuando no era posible ni una ni otra se pedía la caución juratoria. La Partida 7.<sup>a</sup>, título 33, ley 10, aclara el alcance de la caución al exponer: «Otrosí dezimos que *cautio* en latín tanto quiere decir como aseguramiento que el debdor ha de facer al señor del debdo, dándole fiadores valiosos o peños.» Y este era el pensamiento del legislador español, porque en el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 se concedía la libertad al procesado bajo *fianza* o *caución* suficiente, consistiendo la fianza, ya en metálico, que se depositaba en el Banco Español de San Fernando, o bien en fincas cuyo valor importase de 500 a 2.000 duros, regla que precisó más el Real Decreto de 30 de septiembre de 1853 y que posteriormente desenvolvió la Ley de Enjuiciamiento criminal, concretando que la fianza puede ser personal o hipotecaria.

Por último, el Código civil, recogiendo la doctrina y práctica del antiguo derecho, establece en el artículo 1.855 que si el obligado a dar fianza legal o judicial no la hallase, se le admitirá en su lugar una prenda o hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación.

Los precedentes históricos ligeramente reseñados y el transcurrido artículo del Código civil nos llevan a la conclusión de que la palabra caución no tiene realmente un significado jurídico propio ni comprende una forma determinada de asegurar, sino que es una voz usual del léxico castellano, sinónima de afianzar, que abarca todas las formas de aseguramiento, incluso la hipoteca, a cuyas hipotecas, en la doctrina, se las conoce con el nombre de hipotecas de seguridad o de caución.

Cualquier precaución o cautela que se adopte para asegurar el fin que se persigue implica una caución; lo es el juramento y el prometo del derecho laico, la señal o antigua caparra, garrapata y actual fianza impropia, el depósito, etc., siendo digno de recordar, como caso típico de caución colectiva y legal, la de *bene vivendi*, o conducta de la Partida 5.<sup>a</sup>, título 7.<sup>a</sup>, ley 4, por la que para dar seguridades a los mercaderes se obligaba al Concejo de los pueblos

a indemnizar al mercader robado, caso de no hallar al ladrón o ser insolvente.

La actividad humana puede llegar a componer tal multitud y diversidad de medidas preventivas de aseguramiento, que al legislador le sería imposible seguirle los pasos, y por ello se limitó a dar un concepto de la caución.

Exigida caución por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria vigente, la más usual será la hipotecaria, y siendo la inscripción en el Registro constitutiva del derecho de hipoteca, y exigiendo para ello la Ley la formalidad de escritura pública, cabe preguntar: ¿Será precisa la escritura pública en las cauciones hipotecarias del artículo 41 de la Ley?

En el pasaje de la *Instituta* citado se habla de la caución prestada judicial y extrajudicialmente; en nuestro Derecho histórico la caución de estar a derecho, llamada antiguamente de la Haz, se constituía ante el Juez y el Escrivano o ante otro Escrivano por orden del Juez; la Ley de Enjuiciamiento criminal regula la otorgada *apud-acta*; la Ley Hipotecaria (art. 191) establece para la hipoteca legal por bienes reservables la forma de acta judicial, que firma el interesado, autoriza el Secretario y aprueba el Juez; y el Reglamento Hipotecario (art. 230) exige igual formalidad para las hipotecas de peculio o del *filius familia*. Pero, a más de estos precedentes, tres consideraciones abonan el criterio de que las hipotecas de caución del artículo que comentamos puedan otorgarse *apud-acta*: 1.<sup>a</sup> El Derecho, aun en los países menos avanzados—escribe Sumner Waine—, tiende a ser una simple superficie en que se mueven reglas contractuales, de variación constante, sólo sometidas a él en la observancia de los principios fundamentales y en el castigo de la mala fe; 2.<sup>a</sup> En materia de hipotecas, el principio fundamental es el número 2 del artículo 146 de la Ley Hipotecaria o constitución por la inscripción, y la regla general es la del número 1 u otorgamiento de escritura, que por ser regla admite excepciones como las apuntadas y la de la hipoteca ante el Secretario del Ayuntamiento en favor de Pósitos; y 3.<sup>a</sup> El número *clausus* del artículo 157 de la misma Ley ha dejado de serlo, porque si en la Ley tienen su origen la hipoteca que garantiza la libertad del procesado, la de bienes reservables y la de caución a que nos estamos refiriendo, aunque no se quiera, habrá que considerarlas legales

dentro de la clasificación bipartita de la Ley Hipotecaria. Y si para las hipotecas legales por bienes reservables y de peculio se admite el otorgamiento por acta judicial, la misma razón existe para establecer que en igual forma se otorgue la caución del artículo 41 cuando sea hipotecaria. Por tanto, estas hipotecas de caución podrán otorgarse judicial y extrajudicialmente.

Pero ¿qué modalidad hipotecaria ha de adoptar? ¿Cuál ha de ser el documento inscribible? ¿Cuáles las circunstancias?

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria pide el arraigo del juicio o aseguramiento de las obligaciones futuras que la sentencia puede imponer al perturbador del derecho inscrito, y si la caución prestada es la hipotecaria, la modalidad de la hipoteca ha de ser la de seguridad o caución, que tiene como variante la llamada hipoteca de *maximum* (la Resolución de 16-VI-1936 llama así a la de seguridad regulada en el art. 142), en los procesos de ejecución de este artículo, aunque es bastante la de seguridad, ¿no será más conveniente la de máximo?

En estas hipotecas la seguridad inmediata está en la adquisición de rango, pero sus efectos no pueden producirse hasta la terminación del pleito, en que se conocerá la existencia o inexistencia de la obligación por la sentencia, y en su caso la cuantía por la tasación correspondiente; pero la caución ha de prestarse al comparecer en juicio el demandado por el titular inscrito, y esta garantía ha de ser declarada suficiente y aprobada por el Juez, lo que equivale a apreciar anticipadamente la cuantía del crédito u obligación futura. La Ley de Enjuiciamiento criminal exige que el Juez fije la cantidad objeto de caución. Por estas razones, y por la de dar facilidades al crédito territorial, parece sería más conveniente la forma de máximo, ya que con ella queda cumplida la finalidad legal y al propietario se le concede la posibilidad efectiva de nuevas disposiciones sobre los bienes hipotecados, que sería impracticable si se desconoce registralmente el tope de responsabilidad.

Respecto al documento inscribible, cuando de hipotecas *apud-acta* se trata, existe diferencia entre el determinado por la Ley de Enjuiciamiento criminal y la Ley Hipotecaria, ya que por la primera se requiere mandamiento, y por la segunda, copia del acta de otorgamiento y del auto de aprobación, si bien cuando las personas obligadas a presentar en el Registro estos documentos no lo

hacen, la misma Ley dice que se expedirá mandamiento. En ambas leyes la resolución judicial que se dicta para la admisión de la hipoteca es un auto. ¿Cuál puede ser la razón que determine la diferencia de documento inscribible? Esa distinción sólo puede radicar en la naturaleza del procedimiento, pero entendemos que estando otorgadas tales hipotecas para que produzcan efectos hipotecarios o contra terceros debe mirarse a estos efectos y, por tanto, darse uniformidad en este sentido a todas las hipotecas *apud-acta*.

Seguramente el Reglamento futuro recogerá estas cuestiones al desenvolver el artículo 41; pero hasta que aparezca, en los Registros se deberá admitir las hipotecas de caución otorgadas *apud-acta*, siempre que recojan todas las circunstancias que reflejen su origen y alcance, aceptando como documento, ya las copias del acta y auto de aprobación, ya el correspondiente mandamiento.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS.

Registrador de la Propiedad.

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

FALLECIDO EL CAUSANTE CON TESTAMENTO, SEGÚN AFIRMA LA CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO GENERAL DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD, NO PUEDE DEFERIRSE LA SUCESIÓN POR LAS NORMAS DE LA LEGÍTIMA, NO SIENDO TAMPOCO EL DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO EL PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA DEJAR SIN EFECTO—POR INEXISTENCIA O REVOCACIÓN—Dicho TESTAMENTO.

*Resolución de 5 de diciembre de 1945.—"B. O." de 17 de febrero de 1946.*

Un señor falleció en estado de casado, quedando una hija del matrimonio, desprendiéndose del certificado de últimas voluntades oportuno que había otorgado un testamento cerrado, autorizado por el Notario D. Miguel Mestanza, no obstante lo cual se promovió por la esposa e hija del causante juicio de abintestato. Formada pieza separada por el Juzgado y publicado edictos, se presentó ante el mismo por un Procurador, en nombre de doña J. G. P., como madre y legal representante de sus hijos A. F. G., S. F. G., J. B. R. G. y M. de los D. R. G., un escrito en el que se exponía que todos los hijos mencionados eran del causante, llevando el apellido de éste los dos últimos y que en el procedimiento oportuno acreditaría que los otros también lo son; que dicho señor falleció bajo el expresado testamento cerrado, solicitando del Juzgado la protocolización como testamento ológrafo de una carta firmada por el causante—que acompañaba con el escrito—, dirigida a sus hijos, y que se la tuviera como parte, dándole vista de las actuaciones practicadas. Acordado lo solicitado, se le

señaló plazo para estudio y formulación de peticiones, que transcurrió sin que hiciera alguna, por lo que—y a instancia de los promotores del abintestato—se acordó tener por desistida a doña J. G. P., dictándose auto por el que se declaraba heredera única y universal del causante a su hija legítima, con reserva para la viuda de la cuota que le reconoce el artículo 834 del Código civil.

Por otro auto, el Juzgado aprobó las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación de los bienes relictos al fallecimiento del repetido causante, ordenando que se protocolizaran de oficio en la Notaría de Priego, de Córdoba.

Y, por escritura autorizada por el Notario de dicha localidad, señor Díaz Rodríguez, se protocolizó el cuaderno particional de los bienes del causante, en el que se adjudica todo el caudal inventariado a la hija legítima de aquél, por renuncia de la viuda a su cuota legal, renuncia que ratificó después en escritura pública.

Presentada la escritura de protocolización en el Registro de Alcalá la Real, fué denegada por la nota que hemos estampado como encabezamiento.

Y entablado recurso, la Dirección, ratificando el auto presidencial, confirma la misma, sentando la—a nuestro juicio—irreprochable doctrina siguiente:

Que si bien el artículo 912 del Código civil, al tratar de la apertura de la sucesión intestada, enumera como si agotara la materia de los distintos supuestos en que tendrá lugar, un análisis detenido y minucioso de la misma pone de relieve, según admiten la jurisprudencia y la doctrina, la insuficiencia de los términos empleados, por existir situaciones no comprendidas en su tenor literal que deben tener iguales consecuencias, y entre ellas se encuentra la desaparición de un testamento cerrado cuya existencia en algún tiempo y vigor en la actualidad no pueden discutirse, ante el tenor afirmativo del certificado del Registro general de Actos de Última Voluntad y de la copia autorizada del acta de otorgamiento incluída por el Notario en el protocolo reservado;

Que la diversidad de los casos a que aluden los cuatro números del citado artículo y de las situaciones jurídicas análogas, lleva directamente a investigaciones y pruebas de diversa índole, y así como la muerte sin testamento—uno de los supuestos a que alude el número primero del artículo—podrá acreditarse ordinariamente

por medio del certificado de fallecimiento y el negativo expedido por el Registro general de Actos de Ultima Voluntad, en cambio, la nulidad del testamento o la incapacidad del heredero para suceder, exigirán procedimientos más rigurosos y adecuados a la complejidad que revisten estas situaciones especiales ;

Que el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento civil parte siempre del supuesto de la inexistencia del testamento para que los herederos abintestato puedan obtener la declaración de su derecho, y habiéndose acreditado en el caso objeto del recurso que el causante otorgó testamento, no parece el procedimiento empleado el más adecuado a los fines perseguidos, primero porque la desaparición de la disposición testamentaria sólo ha sido alegada por personas, tal vez interesadas en su no presentación ; segundo, porque no puede negarse la existencia de otros herederos, aparte de los legítimos, que acaso se ven privados de sus derechos, y tercero, porque frente a estas circunstancias, y en atención a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las sentencias citadas, es lógico acudir a un procedimiento más solemne, o sea al juicio declarativo correspondiente, en el que, con llamamiento de todos los que pudieran tener derecho a la sucesión, se justifique debidamente la desaparición o destrucción del testamento ;

Que una vez acreditados judicialmente tales extremos y amparada la petición del demandante por sentencia firme, podría llegarse a la apertura de la sucesión intestada, llenando así el vacío legal que no ha previsto esta situación asimilable, sin duda, a la de inexistencia de testamento ;

Que al aceptar la tesis que permite diferir la herencia por las normas de la sucesión intestada cuando ha sido alegada únicamente la desaparición del testamento sin aprobar cumplidamente este aserto, equivaldría a reputar caducado o sin valor el cerrado que otorgó el causante, y contra este criterio militan importantes razonamientos, como son : 1.º, mientras el testamento ológrafo tiene un plazo especial de caducidad señalado por el artículo 689 del Código civil, nada dice este cuerpo legal cuando se trata del cerrado, y este silencio del legislador, a quien no pudo pasar inadvertido el problema, dada su trascendencia, demuestra que no es posible aplicar tales preceptos a la última forma testamentaria ; 2.º, que el propio Código en su artículos 703, 704, 719, 720, 730

y 731, al tratar, respectivamente, de los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte, en tiempo de epidemia, sin autorización de Notario, militar o marítimo, señala también plazos especiales de caducidad y evidencia una vez más que cuando hubo especial empeño en ello se cuidó minuciosamente de consignarlos ; 3.<sup>º</sup>, que, por otra parte, el artículo 743 ordena que sólo caducarán los testamentos en los casos expresamente prevenidos en el Código, y ello impide ampliar las causas de caducidad a supuestos preteridos por nuestro ordenamiento jurídico ; y 4.<sup>º</sup>, que también tiene el testamento cerrado normas especiales para su revocación contenidas en el artículo 742, que no se dan en el caso ahora discutido ;

Que si el debate judicial debe ser siempre el trámite previo y obligado para obtener la certidumbre de la desaparición o destrucción del testamento otorgado, y llegar consiguientemente a la sucesión intestada, en el caso objeto del recurso resulta más obligada su exigencia por las especiales circunstancias que en el mismo concurren y que conviene poner de relieve : a), la desaparición del testamento o testamentos—pues el recurrente y, a veces, el mismo auto hablan en plural, si bien el certificado acompañado sólo revela la existencia de uno—ha sido alegada por la esposa y por la hija legítima del finado, pero sin demostrar la certeza de su afirmación ; b), las manifestaciones de doña J. G., recogidas en el auto de declaración de herederos, son de extraordinaria importancia, toda vez que descubren la posible existencia de otros hijos habidos fuera de matrimonio, cuya calificación jurídica no es posible formular por falta de elementos ; c), porque precisamente la existencia de esa prole pudo influir en el otorgamiento de la disposición testamentaria para llevar a cabo su reconocimiento o dotación ; d), porque en la tramitación del propio auto se manifiesta que doña J. G. aportó una carta firmada por el causante dirigida a sus hijos, y aunque no se transcribe el texto de la misma ni se acompaña el original, ello es un indicio más digno de ser tenido en cuenta que justifica plenamente la actitud de prudencia adoptada por el Registrador, y e), que por todo ello en el limitado campo de un recurso gubernativo no pueden desestimarse particularidades o extremos reservados siempre a la autoridad judicial que en el procedimiento adecuado, con llamamientos, garantías y prue-

bas pertinentes, podrá resolver acerca de los importantes y graves problemas planteados;

Finalmente, que de acuerdo una vez más con la reiterada doctrina de este Centro, es innegable que el Registrador pudo calificar, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si el procedimiento seguido en este caso para obtener la declaración de herederos es o no el adecuado a los efectos perseguidos, sin que ello suponga, según lo corrobora la decisión del Presidente de la Audiencia, invasión en las facultades privativas de los Tribunales, siempre rigurosamente respetadas como de su exclusiva competencia.

\* \* \*

De cuantos argumentos empleó el recurrente, acaso el de más fuerza fué la doctrina establecida por el Centro Directivo en sus Resoluciones de 1 de junio de 1943 y 30 de marzo de 1944.

Ciertamente que la que en ellos se planteó no es del todo idéntica al caso presente, pero su semejanza es bien notoria. En dichas Resoluciones parece recomendarse que, habiéndose destruído el Protocolo donde se archivaba determinado testamento, y no pudiéndose reconstituir éste por los medios excepcionales del decreto de 10 de noviembre de 1938, primero que hacer valer otro testamento anterior, «cabría ante todo llamar a los herederos abientes-tato».

Nunca creímos ortodoxa esta doctrina, absteniéndonos—porque en realidad tampoco la Dirección concretaba ni afirmaba nada—de todo comentario; pero la estimamos rectificada por la precedente, pues si todos los considerandos—que, dicho sea en honor del Registrador, recogen su magnífico informe—son elocuentes al respecto, el tercero en particular, con la invocación en su comienzo al supuesto de que parte el artículo 970 de la Ley de Enjuiciamiento civil, hasta el final de que, alegándose la *destrucción* del testamento es al juicio declarativo y no al de abintestato, al que hay que recurrir para justificarla, no deja lugar a dudas.

Sin embargo—y soslayando puntos de fricción que ofrece el tema, que pudieran avivar dormidas polémicas—, hemos de reconocer que la frecuencia con que, a causa de la pasada contienda nacional, han de presentarse parecidos casos, aconseja quizá huir

de un criterio unilateral, aplicando, según las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos—modestia de los patrimonios que se transmitan, alejamiento de todo peligro de lesión, etc.—, unas u otras de las Resoluciones del Ilustre Centro Directivo.

¿ EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY HIPOTECARIA PROTEGE LAS ANOTACIONES DE EMBARGO QUE HAYAN SIDO SUSPENDIDAS POR FALTA DE PREVIA INSCRIPCIÓN DE LAS FINCAS ?

*Resolución de 22 de octubre de 1945:—"B. O." de 16 de enero de 1946.*

En el Registro de Palencia se presentó una escritura—otorgada ante el Notario de Valladolid Sr. Serrano—por la que D. Félix Franco Juárez adquirió por compra a otro señor una finca formada por agrupación de otras dos no inscritas, pero adquiridas por el vendedor la una por herencia de su esposa en escritura al efecto y la otra en documento privado fehaciente. Se suspendió por falta de previa inscripción a favor del vendedor. Y retirada y presentada de nuevo, se consignó en ella otra nota preceptiva de no poderse practicar la inscripción que al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria se solicitaba por el presentante por encontrarse vigente respecto de la finca—agrupada—una anotación preventiva de suspensión de embargo por falta de título inscrito.

El mismo día de presentarse por segunda vez la reseñada escritura, se presentó otra, de la que había dado fe el Notario de Palencia Sr. Hervella, en la que comparecieron el Comisario Interventor de la Prestación personal a favor del Estado en dicha provincia, facultado, además, por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, y D. Victorino Lorenzo Andrés, por su propio derecho, haciendo constar que el primero, en el ejercicio de su cargo, instruyó expediente por alcances contra D. Félix Franco Juárez (o sea, el que figura como comprador en la escritura relacionada primeramente), embargándose, por consecuencia del mismo, la referida finca agrupada, la cual, en segunda subasta, fué adjudicada al Sr. Lorenzo Andrés, suscribiéndose un documento

privado entre los comparecientes para formalizar la venta consecuencia de la subasta, que entregaron al Notario para su protocolización, y en cuyo contenido se ratificaron, expresándose que en tal documento se contienen los consignados antecedentes y se añade que el Registrador de la Propiedad suspendió la anotación preventiva de embargo dimanante del procedimiento de apremio. A esta escritura se le puso por el indicado funcionario la nota de no admisión, porque respecto de la finca objeto de ella se encontraba vigente una anotación preventiva de suspensión de embargo por falta de título inscrito.

Interpuesto por D. Victorino Lorenzo Andrés recurso gubernativo contra ambas calificaciones, la Dirección, confirmando el auto del Presidente de la Audiencia, revoca las notas calificadoras, sentando la incontrastable y correctísima doctrina siguiente :

Que la falta de previa inscripción del inmueble embargado a don Félix Franco Juárez fué subsanada durante la tramitación del recurso gubernativo, como acreditan las diligencias acordadas por este Centro directivo para mejor proveer, según las cuales dicho inmueble, en virtud de información posesoria promovida por el Ayuntamiento de Baños de Cerrato, acreedor de Franco Juárez, fué registrado a nombre de éste y, en su consecuencia, la anotación preventiva de suspensión fué convertida por el Registrador en anotación preventiva de embargo ; pero, no obstante esta situación registral, se debe examinar el fondo del asunto, no sólo a efectos doctrinales, sino también porque la resolución de los recursos entablados contra las calificaciones hipotecarias hay que referirla al momento en que las notas impugnadas hayan sido extendidas ;

Que cuando los bienes embargados en procedimientos judiciales o administrativos no estén inscritos a favor del deudor ni de otra persona, nuestra legislación faculta a los interesados para instar su inmatriculación y hasta sanciona con la imposición de costas y gastos la resistencia del propietario a inscribirlos, por lo cual la alegación del Registrador sobre necesidad del consentimiento de Franco Juárez para obtener la inscripción conforme a lo que prevenía el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, está en contradicción con la legislación indicada y, además, con el derecho que incumbe a todo interesado para pedir la inscripción con arreglo a lo ordenado en el artículo 6.<sup>º</sup> de la citada Ley ;

Que las anotaciones preventivas de suspensión de anotaciones de embargo por no constar inscritos los inmuebles embargados, no sólo no implican cierre del Registro cuando se trate de inmatricularlos a favor del deudor, sino que la inmatriculación es indispensable para evitar la caducidad de aquéllas, con el consiguiente perjuicio al acreedor, y para hacer viable su conversión en anotaciones preventivas de embargo ;

Que el defecto de no figurar inscrita a favor del deudor la finca embargada pudo ser subsanado por el acreedor, acogiéndose a lo que establecía el mencionado artículo 20, sin que en el presente caso proceda negar el acceso a los libros hipotecarios del respectivo título, al cual no se atribuyen otros defectos que lo impidan, invocando para fundar la negativa lo prevenido en el artículo 17 de dicha Ley y la existencia de una anotación de suspensión de la anotación de embargo trabaado en la finca del deudor ; porque la prohibición impuesta por este precepto legal de inscribir o anotar títulos de igual o anterior fecha por los cuales se transmita o grave la propiedad del inmueble, es notoriamente inaplicable al caso del recurso, ya que está limitada, según racional aclaración, basada en la doctrina y contenida en el artículo 75 del Reglamento Hipotecario, «a los títulos que se opongan al presentado, anotado o inscrito o sean incompatibles con el mismo», disposición reglamentaria que ahora tiene categoría de Ley con arreglo a lo preceptuado en la de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre último ;

Que por las antedichas razones la escritura autorizada por el Notario de Valladolid Sr. Serrano pudo haber sido inscrita en cuanto el presentante, conforme indica el Registrador en la segunda nota extendida al pie del documento, solicitó la aplicación del párrafo tercero del artículo 20, con lo cual la transformación de la anotación de suspensión en otra de embargo era consecuencia obligada y, a su vez, tampoco existía obstáculo legal para inscribir la adquisición por D. Victorino Lorenzo Andrés de la misma finca en el expediente seguido contra D. Félix Franco Juárez que, como dueño (comprador y ejecutado, respectivamente), aparece en ambas escrituras, sin que en este recurso proceda apuntar las consecuencias de las inscripciones conjuntamente pedidas por no versar la discusión sobre tales extremos.

Es el Registrador implicado en el precedente recurso y no nos-

otros quien formula la pregunta, o mejor, sienta la afirmación de que toda la cuestión que se debate en el mismo se reduce a dilucidar el interrogante del encabezamiento.

Y acaso por ello la Dirección, antes de resolverla con el rigorismo y maestría que resplandecen en los Considerandos, reclamó de aquél, para mejor proveer, certificación literal de todos los asientos relativos al inmueble vendido, apareciendo de ella que, posteriormente a la calificación, fué inscrito dicho inmueble a favor de D. Félix Franco Juárez por información posesoria y, en su consecuencia, se convirtió en anotación preventiva de embargo la anotación de suspensión por falta de previa inscripción que había sido extendida a favor del Ayuntamiento de Baños de Cerrato en virtud del expediente de apremio seguido contra el nombrado poseedor por la Agencia ejecutiva del citado Ayuntamiento para hacer efectivos alcances de fondos municipales.

Muy inteligentemente—y con gran acopio de doctrina y jurisprudencia—defendida su nota por el Registrador, su alegación primordial referente a lo que debería hacerse si, inscritos los títulos calificados, se presentase una información de dominio o posesión sobre la misma finca a favor del deudor, se desvanece, a nuestro juicio, con la simple puesta en juego o recuerdo de lo que por los hipotecaristas se ha dado en llamar excepciones a la doctrina del artículo 17, del que el presente caso es un claro exponente.

Por último, si bien para el del recurso el Centro directivo ha estimado que no precisa el consentimiento del interesado en la inscripción que debió practicarse al amparo del párrafo 3.<sup>o</sup> del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por las bien pergeñadas razones del segundo de los transcritos Considerandos, de ellas mismas deducimos y estamos en todo conformes con el Registrador, que para casos que pudiéramos llamar normales y dado el principio del consentimiento que informa nuestra legislación, es de necesidad que conste explícitamente la voluntad del interesado—en instancia o por petición que se consigne en el asiento de presentación—para inmatricular los inmuebles descritos en los documentos que reunan las circunstancias al efecto prevenidas en la Ley Hipotecaria y su Reglamento.

G. CÁNOVAS COUTIÑO.  
Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

## Los conceptos de «carga deducible» y «deuda deducible»

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de diciembre de 1944.*

LA OBLIGACIÓN LEGAL DE PRESTAR ALIMENTOS ES DE CARÁCTER PERSONAL, Y AUNQUE, TRATÁNDOSE DE HIJOS ILEGÍTIMOS, SE TRANSMITE A LOS HEREDEROS DEL PADRE, NO AFECTA A LOS BIENES DEL QUE DEBA PRESTARLOS, Y POR ELLO SI, AL MORIR AQUÉL, SE ENTREGA AL HIJO ALIMENTISTA UN CAPITAL EN EQUIVALENCIA DEL DERECHO A ALIMENTOS, ELLO NO CONSTITUYE DEUDA DEDUCIBLE DEL CAUDAL HEREDITARIO; Y SI SE CEDEN BIENES EN PAGO AL ALIMENTISTA, ESA LIQUIDACIÓN POR CESIÓN SERÁ INDEPENDIENTE DE LO QUE LOS HEREDEROS DEBAN TRIBUTAR POR HERENCIA SOBRE LOS MISMOS BIENES ADJUDICADOS EN PAGO.

*Antecedentes.*—El causante, fallecido en 1942, se había casado en segundas nupcias, pocos días antes del fallecimiento, con la mujer con la que, viviendo su primera esposa, había tenido tres hijos ilegítimos, y en su testamento—otorgado en 1935—los reconocía como tales «para que llevaran su apellido y gocen de todos los derechos que las leyes les reconocen».

El único hijo del primer matrimonio y la viuda del segundo, en representación de los tres hijos ilegítimos, que eran menores, otorgaron escritura pública particional reconociendo que dichos tres hijos sólo tenían derecho a alimentos, conforme al artículo 845

del Código civil, por no concurrir en ellos la condición legal de naturales, y conviniendo en que ese derecho se les hiciera efectivo de una sola vez mediante la entrega de bienes en pleno dominio por valor de 70.000 pesetas, a lo que la viuda añadía que nada había aportado el matrimonio ni hubo gananciales en los pocos días que estuvo casada. No se hace referencia a la cuota vidual y parece deducirse, del resumen jurisprudencial del que tomamos estos datos, que fué renunciada.

En la partición se deducían ciertas deudas y gastos, que dejaban reducida la herencia a 169.906 pesetas, y de esa cifra se adjudicaban a los aludidos hijos ilegítimos 70.000 y se les hacía pago con bienes en esa cuantía de los inventariados, quedando para el heredero los restantes.

El liquidador, además de liquidar la total herencia al hijo heredero, giró a los otros tres hijos una liquidación por el concepto «cesiones», al 5 por 100; y la liquidación por herencia, sobre la totalidad de ésta, fué recurrida, aduciendo que de su base se debían haber rebajado las 70.000 pesetas que importaron los bienes adjudicados en pago del derecho a alimentos, porque eran una deuda del caudal hereditario, conforme al artículo 101 del Reglamento, en su apartado 3), dado que ni la existencia de la deuda, ni su autenticidad podían ponerse en duda ante el texto del artículo 845 del Código civil, que no sólo impone al padre la obligación de prestarlos, sino que traslada la obligación a los herederos, y, además, la deuda fué ratificada en la escritura pública de partición, en la que consta la ratificación y el pago con la comparecencia de los acreedores representados por su madre; de lo cual se desprende que al tributar las 70.000 pesetas por herencia y por «cesiones», se produjo una duplicación de pago.

Se decía también en el recurso que aunque la cuantía de la deuda no está determinada cuantitativamente por la Ley, esa indeterminación no justifica la doble percepción del impuesto, ni menos negar la deuda, sino, a lo más, que la Administración modifique la cuantía de la deuda con arreglo a bases razonables.

El Tribunal Provincial estimó, ratificando el criterio del liquidador, que eran dos los actos: uno el de herencia, y otro el de cesión, y que la obligación alimenticia de que se trata no es carga deducible reglamentariamente.

El Tribunal Central, confirmando el criterio del Provincial, pone como fundamento clave de su argumentación el de que la obligación de que se trata es de carácter personal y aun personalísima, según la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1895, lo cual quiere decir que no afecta ni grava los bienes del obligado a prestar los alimentos; y si bien la obligación se transmite a los herederos, cuando de hijos ilegítimos se trata, y subsiste hasta que éstos llegan a la mayor edad, en nada cambia la naturaleza de la obligación el hecho de que, en vez del padre, sean sus herederos los obligados a prestarla. No se trata, pues—sigue diciendo el Tribunal—, de una carga deducible de la herencia, a tenor del artículo 100 del Reglamento, ya que, de acuerdo con su párrafo primero, no se consideran cargas deducibles las que constituyen una obligación personal del heredero, donatario o adquirente de los bienes.

Tal tesis la refuerza la Resolución añadiendo que los mismos interesados no consideraron deducible como deuda la cantidad de 70.000 pesetas en que cifraron la cuantía de los alimentos al hacer la partición, puesto que en ésta sólo dedujeron como deudas algunos créditos contra el causante y los gastos de entierro y funeral, y una vez fijado así el caudal hereditario, fué cuando adjudicaron a los alimentistas bienes en la cuantía dicha, como pago de los alimentos; y, por otra parte, el que el heredero pague de una vez, adjudicando bienes al efecto, la cantidad alzada libremente convenida en equivalencia de las entregas periódicas a que venía obligado, no puede servir de fundamento para deducirla de la herencia, porque esa entrega de bienes no nace de una obligación legal del heredero, ya que la que le incumbe es la de atender a la alimentación de los alimentistas, y, por lo mismo, tal entrega no constituye el pago de una deuda contra el causante, sino una transmisión de bienes del heredero a los repetidos alimentistas, la cual constituye un acto sujeto al impuesto, con independencia de lo que proceda exigir por la transmisión hereditaria, y acredita a la vez que no existe la duplicación de pago alegada.

Por último, saliendo al paso el Tribunal del argumento esgrimido en el recurso, de que el caso está comprendido en el apartado 3º del artículo 101 del Reglamento, puesto que la deuda estaba ratificada en documento público por el heredero con la compare-

cencia de los acreedores, dice que ese precepto no es aplicable al supuesto discutido, porque el primer requisito que en él se exige es la demostración de la existencia de la deuda a satisfacción de la Administración, y como la deuda no existe, «porque, según se ha demostrado, la obligación de prestar alimentos no constituye deuda deducible contra el causante», es clara la inaplicación del citado apartado 3).

*Comentarios.*—Aunque para el comentarista están fuera de discusión la autoridad y la competencia del Tribunal, no puede, sin embargo, compartir el criterio con que éste resuelve el caso, y cree que pueden oponerse serios reparos a la aplicación que hace de los conceptos «carga deducible» y «deuda deducible», los cuales, más bien que antitéticos o excluyentes, son independientes, y cree al mismo tiempo que aunque ciertamente no se trate de una «carga deducible», sí se trata de una «deuda deducible», comprendida, indudablemente, en el apartado 1) del artículo 101 del Reglamento, y, en todo caso, en el 3), independientemente de que la Administración pueda discutir y cercenar su cuantía, ya que ésta fué fijada *ad libitum* por los interesados.

Decimos esto—y con ello empezamos nuestros razonamientos—porque la obligación del padre ilegítimo de abonar alimentos a los hijos que tienen esta desdichada condición, es categórica, a tenor de los artículos 143 y 146 del Código civil, y, por lo tanto, está fuera de discusión que el padre tenía contra sí y a favor de esos hijos la deuda que la cuantía de esos alimentos suponga, cualquiera que ella sea y sin que su cifra intetese al efecto de este estudio y de nuestro razonamiento; y como esa obligación y esa deuda, por consiguiente, no es personalísima del padre, sino que se transmite a los herederos, es claro que a ellos pasa la obligación de satisfacerla, como pasaría la obligación de pagar cualquiera otra deuda del mismo causante, incluso con sus propios bienes, si la herencia no la adquieren a beneficio de inventario, porque así lo dispone el artículo 845 del propio Código cuando de prestar alimentos a los hijos ilegítimos se trata.

Esto supuesto, es decir, dado que la obligación de pago existe, no hay para qué traer a cuenta el concepto de «carga deducible», ni menos involucrarlo con el de deuda deducible. Las «cargas» que tengan ese concepto—un censo, por ejemplo—que afecten a

los bienes producen el efecto—artículo 100, apartado 1)—de mermar la base liquidable, de manera que si el capital del censo importa 10.000 pesetas, la finca gravada será valorada en 10.000 pesetas menos, y por esas pesetas no se girará liquidación alguna, mientras que si la «carga» es una hipoteca por las mismas 10.000 pesetas, el efecto fiscal que se produce en las transmisiones a título gratuito es completamente distinto, conforme al apartado 2) del mismo artículo; como esa carga no es estrictamente tal, al efecto de rebajarla de la base liquidable absolutamente y, por decirlo así, borrarla, lo que ocurre es que la deuda que ella garantice se deducirá o rebajará del caudal, pero paralelamente nacerá el concepto liquidable de adjudicación en pago o para pago sobre la base de la deuda garantizada, y nacerá con indiscutible lógica y fundamento jurídico, como es sabido, porque si por herencia se adquiere una finca que vale 100.000 pesetas con hipoteca de 50.000, y éstas se rebajan de la herencia, quedando ésta reducida a las otras 50.000, está fuera de duda que por éstas, o sea la mitad de la finca, pagará el heredero por el tipo de herencia, y que por las 50.000 restantes, equivalentes a la otra mitad, tendrá que pagar por el concepto de adjudicatario, porque esa mitad también la adquiere siquiera no sea a título lucrativo de heredero, y porque, de no ser así, esa mitad de finca se transmitiría sin pagar impuesto.

Acusada, pues, la diferencia, a los efectos del impuesto, entre lo que es «carga» propiamente dicha y lo que no lo es, no se puede confundir de ninguna manera con ella el concepto de «deuda deducible» y argumentar que las deudas personales no afectan a los bienes y no tienen, por lo tanto, el concepto de «cargas deducibles», puesto que si tal confusión fuese legalmente posible, no existiría ni podría existir ninguna deuda que fuese deducible y estaría escrito en balde el citado apartado 2) del artículo 100 del Reglamento y el texto íntegro del 101, que regula la deducción de «las deudas de cualquier clase y naturaleza que resulten contra el causante de la sucesión», que justifiquen adecuadamente según las normas que da.

Esta fundamental distinción no la desconoce, claro es, el Tribunal, pero la salva diciendo que como se trata de una obligación personal del heredero, es de aplicar el inciso del citado apartado 1) del artículo 100, que dice que «no se consideran cargas... las que constituyan una obligación personal del heredero, donatario o ad-

quirente», y que, por consiguiente, la obligación cuestionada no es deducible; pero a ello oponemos que aquí no se trata de una simple obligación personal creada por la mera voluntad del causante y nacida en el momento de su fallecimiento, como podría ser, por ejemplo, la de imponer al heredero la obligación de pagar el impuesto del legado hecho a un extraño y de entregarlo libre, sino de una obligación que el causante tenía impuesta por la Ley y por la misma Ley transmitida a los herederos. Ella es, sí, personal y no está «directamente impuesta sobre los bienes» para poderle atribuir el concepto de carga deducible, a tenor del repetido apartado 1) del artículo 100, pero eso no quiere decir que no sea una obligación personal, una deuda, que pesaba sobre el causante y que, por ministerio de la Ley, sigue gravando al heredero, de la misma manera que pesan sobre los herederos las obligaciones personales del pago de las deudas que el causante tenga, todas las cuales, si se justifican reglamentariamente, como quiere el artículo 101 del Reglamento, son deducibles del caudal hereditario, no como cargas propiamente dichas y radicalmente, como antes hemos dicho, sino como tales deudas, con el efecto de que su cuantía aminora la porción hereditaria y paralelamente produce una liquidación en pago o para pago.

La obligación, pues, tiene, evidentemente, en principio el concepto de deducible, no por ser «carga deducible», ya que no pesa «directamente sobre los mismos bienes», sino como una deuda o obligación que el causante tenía; de la misma manera que sería deducible una deuda personal reglamentariamente justificada. Todo ello, repetimos, sin perjuicio de que la Administración discuta y precise si la base de 70.000 pesetas que los interesados señalaron como cuantía de la misma es la procedente, y la cifre ateniéndose a bases que no sean la mera voluntad de los interesados.

Decimos que, en principio, es deducible, y añadimos que también lo es, como al comienzo indicamos, tanto con arreglo al apartado 1) como al 3) del artículo 101 ya citado.

Ambos preceptos, al igual que los de los apartados restantes, especialmente el 2), lo que exigen es que la certeza de la deuda sea indudable y su demostración acreditada por los medios de prueba tasada y en aquéllos determinada; y, según esto, no nos ofrece duda que en el caso debatido encaja en el apartado 1), porque, aunque

no esté en su letra, está por encima de ella por la incontrovertible razón de que está acreditada la existencia del crédito, no ya por un documento ejecutivo, sino de una manera mucho más firme e indubitada, cual es el precepto expreso de los artículos del Código civil anteriormente citados. Si esta conclusión no se admitiera, se llegaría a la conclusión absurda, y por absurda, desdeñable, de que se concedería más eficacia a un documento que a un precepto claro y categórico del Código civil.

Nuestro punto de vista llega aún más allá: si no se considerase atinente ese apartado 1), el caso caería de lleno dentro del 3), porque, por lo que acabamos de decir, la Administración no puede desconocer la existencia de la deuda ni decir que no está probada a su satisfacción, ni tampoco que «no ha sido ratificada en documento público por los herederos con la comparecencia del acreedor». No sólo se dan esos dos requisitos, sino también se dan los del inciso siguiente, a saber: que «conste también en documento público el pago de la misma y no aparezca contraída a favor de los herederos o de los legatarios de parte alícuota, ni de los cónyuges, ascendientes o hermanos de los dichos herederos o legatarios», ya que no habrá quien se atreva a sostener que en los «hermanos» a que el inciso se refiere deban comprenderse los adulterinos.

Tan claro debió parecerle este punto de vista al Tribunal, que, para obviar el argumento que del inciso citado nace vigoroso, tuvo que acudir a negar la existencia de la deuda, que es la clave de los restantes requisitos exigidos por el reiterado apartado 3). Es necesario—dice—la existencia, demostrada a satisfacción de la Administración, y además los restantes requisitos; y en el caso actual—añade—, la deuda no existe, porque «la obligación de prestar alimentos no constituye deuda deducible contra el causante».

El argumento, dicho sea con todo el respeto que el Tribunal merece, no nos parece concluyente: literalmente envuelve una petición de principio y hace supuesto de la cuestión. Si no existe, claro está que no puede ser deducible, pero la inversa no es admisible, porque el ser deducible o no serlo, no solamente no ataca su existencia, sino que necesariamente la supone. Y si lo que se quiso decir fué que por no tratarse de una carga deducible no se puede deducir ni hablar de deuda deducible, a ello se contesta que ambos conceptos, como más arriba hemos razonado, son perfectamente in-

dependientes no solamente en sí mismos considerados, sino también en sus efectos con relación al impuesto.

Hasta aquí hemos discurrido sobre el supuesto de que no se trata de una carga deducible propiamente dicha, y aun lo hemos admitido como bueno; y ahora decimos que no nos parecería fuera de toda razón el sostener que el caso encierra una constitución de pensión—pensión alimenticia temporal establecida por la ley—y, como tal, calificable como carga deducible a tenor del apartado 1) del artículo 100 del Reglamento cuando dice que lo son «los censos, las pensiones u otros gravámenes que afecten a los bienes», de la misma manera que lo son las que se constituyen por testamento. En tal caso nos dice el Reglamento—artículo 15, apartado 1)—que «cuando el capital de las mismas se rebaje del caudal hereditario, el heredero satisfará al extinguirse aquéllas el impuesto correspondiente al caudal deducido»; luego la obligación de que se trata pudo, sin violencia de interpretación, ser considerada como carga deducible y ser deducida una vez capitalizada reglamentariamente, si el pago no se hubiera hecho de presente adjudicando bienes en pago a los alimentistas; y al haberse hecho así, esa adjudicación debe tributar, pero debe ser deducida del caudal hereditario en la cuantía que corresponda, en virtud de cuanto va razonando.

Con la cita del artículo 15 que acabamos de hacer no queremos sacar otra conclusión que la de que, sin forzar ni violentar la interpretación de los textos reglamentarios sobre el concepto de cargas y deudas deducibles, el acto en cuestión pudo ser considerado como constitución de pensión temporal y su base liquidable ser deducida, por tanto, del caudal en la forma que ese artículo 15 previene. Decimos que esa es la única consecuencia que queremos sacar, porque no se nos oculta que esa calificación cambiaría completamente el concepto y tipo aplicado a los alimentistas; ya no se les podría aplicar el concepto y tipo de cesión o adjudicación, sino el de herencia, como dispone el apartado 3) del mismo artículo 15; pero en esta cuestión no entramos, porque el objeto de este estudio no era otro que el de precisar los conceptos reglamentarios de «cargas y deudas deducibles».

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

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1945.—*Cuasi contrato: articulo 361 del Código civil.*

Entre los hechos aceptados por ambas partes litigantes, han sido fijados como inconcusos los siguientes: 1.<sup>o</sup> Que en 23 de febrero de 1907, los constructores señores N. firmaron un contrato con A., como delegado del Alcalde de Madrid en la Presidencia de la Comisión Ejecutiva de la Exposición de Industrias madrileñas, comprometiéndose a construir el Palacio o Pabellón principal de dicha Exposición y el destinado a oficinas de la misma, con arreglo al proyecto y presupuesto formulado por el arquitecto B., sin que se haya discutido el coste de dichas obras ni el saldo de las mismas que quedó por pagar, y asimismo que los indicados constructores ejecutaron completamente dichas obras en el sitio llamado La Chopera, del Retiro o Parque de Madrid, propiedad inalienable del Ayuntamiento de esta capital. 2.<sup>o</sup> Que el Ayuntamiento de Madrid, en sesión de 29 de noviembre del mismo año 1907, acordó acceder a la petición que le había hecho la Comisión Ejecutiva de la Exposición mencionada de seguir utilizando los edificios e instalaciones de la misma para otros certámenes, pero con la condición de que esta prórroga sería solamente de tres años y que todos los edificios e instalaciones no desmontables quedarían de propiedad del Ayuntamiento, así como las demás que no fueran retiradas el 30 de septiembre de 1910, y que los rendimientos que se produjeran se destinarían a pagar al personal, enjugar el déficit de la anterior Exposición, y el sobrante para la Beneficencia, interviniendo el Municipio la contabilidad por medio de funcionario designado por el mismo. 3.<sup>o</sup> Que en 26

de marzo de 1909, el Ayuntamiento votó un crédito de 100.000 pesetas para celebrar en dichos edificios una Exposición Internacional de la Infancia, y en 22 de febrero de 1910 votó otro crédito de 8.496 pesetas para efectuar reparaciones en los edificios en cuestión, a fin de celebrar una Exposición de Aplicaciones de la Electricidad, reparaciones que se efectuaron con obreros municipales. 4.º Que cuando en 1912 se denunció por el Jardinero mayor el estado de ruina de aquellos edificios, se acordó informara sobre ello el arquitecto municipal B., quien informó sobre la procedencia y el importe de la reparación, y el 29 de septiembre de 1916 se acordó el derribo de dichas edificaciones, formándose un expediente con arreglo a las Ordenanzas municipales, efectuándose el derribo y apropiándose el Ayuntamiento los materiales resultantes del mismo, y en el intermedio de ambas fechas (15 de septiembre de 1915) solicitó N. del Ayuntamiento el pago del resto del importe de las obras de construcción de los mencionados edificios que le era debido.

Del primero de los hechos enumerados aparece de manera evidente que el Ayuntamiento de Madrid, en la celebración del contrato de 23 de febrero de 1907 para la construcción de los edificios cuyo pago es objeto de este pleito, no adquirió obligación contractual alguna, porque no figuró en el otorgamiento de aquél; pero esta ausencia del Ayuntamiento de dicho contrato, que lo libera de obligarse en el mismo, no permite suponer que durante su realización y consumación continuase igualmente ajeno a las consecuencias jurídicas que aquél produjera, puesto que al aprobar en sesión pública, sean cuales fueren las condiciones restrictivas con que condicionó su acuerdo, la celebración de la Exposición de Industrias y consentir a personas ajenas la construcción de edificios en suelo propio, se colocó voluntariamente en la posición que para el dueño del predio determina el artículo 361 del Código civil, desaparecido el derecho de opción por la condición de inalienable del terreno en que la edificación fué hecha, y dió lugar al nacimiento de un ligamen jurídico con lo edificado, que no podría tener otra solución que la preceptuada en el artículo citado de nuestra Ley sustantiva civil.

Al establecer el Ayuntamiento de Madrid como condición de la prórroga pedida que los edificios construidos para la Exposición

ción de Industrias pasarían a ser de su propiedad, puso en ejecución la facultad de apropiación que confiere al dueño del predio el artículo 361 citado de nuestra Ley sustantiva, sin hacer alusión alguna a la indemnización que el mencionado precepto previene, tal vez por la extraña y transitoria personalidad que en orden al derecho tenía la Comisión Ejecutiva de la referida Exposición, patrocinadora y contratante de la construcción de los repetidos inmuebles; pero también sin señalar limitaciones ni cautelas respecto a la existencia de obligaciones o responsabilidades a que aquellos bienes estuviesen afectos, aunque reconociendo que existía un déficit que habría de enjugar, para lo cual establecía una intervención municipal, con lo que implícitamente venía a hacerse cargo de aquél, y del mismo modo, al votar créditos para realizar otros certámenes utilizando los repetidos edificios y efectuar reparaciones en ellos por su cuenta y con elementos municipales, como, finalmente, al proceder a su derribo, incorporando los materiales resultantes al ~~acervo~~ municipal, ejercitó de modo evidente sobre los bienes en cuestión acciones dominicales no contradichas, reservadoras del nexo jurídico que conscientemente había ido contrayéndose con los mismos.

De lo anteriormente expuesto resulta indiscutible que la realización de los actos referidos hizo nacer una obligación «ex re» por parte del Ayuntamiento de Madrid con aquellas personas que tuvieran algún vínculo «de facto» con los edificios tantas veces mencionados, derivada de un principio de interés público y de una cierta «utilitatis causa», quedando perfectamente encajada esta posición jurídica bilateral en el concepto del quasi contrato, sin que quepa distinguir para obligarse en el quasi contrato que se trate de persona individual o jurídica, porque las personas jurídicas, como sujetos de Derecho, quedan en todo caso obligadas cuando actúan por medio de sus órganos legítimos, y en el caso presente el Ayuntamiento de Madrid realizó los hechos que han producido su obligación mediante sendos acuerdos adoptados en sesión y que constan en los libros de actas, y por ello la Sala de instancia no ha hecho indebida aplicación del artículo 1.887 del Código civil, toda vez que reconociendo la ausencia de ligamen convencional entre los señores N. y el Ayuntamiento de Madrid, deduce la relación quasi contractual entre ambos de los hechos lícitos y

voluntarios que el Municipio madrileño realizó sobre bienes en que los señores N. tenían el interés derivado de la falta de pago de los mismos, ostentando dichos señores la condición de terceros, a los cuales se refiere el precepto legal citado, y aludiendo al enriquecimiento ilícito no sólo porque esta circunstancia late en la entraña de todo quasi contrato, sino porque es patente que al incorporar el Ayuntamiento de Madrid a su patrimonio lo edificado, disminuyó en el de los señores N. la cantidad que como resto de la construcción de los edificios se le adeudaba, y, por tanto, en méritos de lo expuesto procede desestimar el primero de los motivos en que se funda el recurso.

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1946.—*Amigable composición.*

Al disponer el artículo 833 de la Ley de Enjuiciamiento civil que los amigables componedores decidirán las cuestiones sometidas a su fallo, sin sujeción a formas legales y según su leal saber y entender, claramente se advierte la distinción que para la Ley existe entre este juicio singularísimo y los reconocidos en el procedimiento de tramitación ante los Tribunales, y así únicamente cuando la propia Ley de Enjuiciamiento hace referencia a sus dictados, es cuando puede entenderse que su incumplimiento haya de ser constitutivo de una verdadera infracción susceptible de ser estimada en el recurso de casación, pero no cuando se suponga vulnerada la Ley procesal por comparación o analogía con dictados no establecidos para esta clase de juicios, por más que lo sean obligatoria y preceptivamente para los demás que regula, por todo lo cual no puede estimarse que la falta de citación para sentencia definitiva en cualquiera de las instancias que se expresa en el número 4.<sup>º</sup> del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ni el haberse dictado la sentencia por menor número de Jueces que el señalado por la Ley, que se indica en el número 8.<sup>º</sup> del referido artículo, preceptos en los que se apoya el motivo primero del recurso, puedan ser infracciones admisibles en este caso para fundarlo, toda vez que la libertad de actuación conferida a los amigables componedores para desenvolverse en el cumplimiento de su misión, según el artículo 833, ya expuesto, y lo preceptuado

en el artículo 834, que se limita a exigir que para que haya sentencia se necesitará mayoría absoluta de votos, excluyen la posibilidad de considerar infringida la Ley en los términos que el recurrente pretende bajo el mencionado motivo primero, que debe, por tal causa, ser desestimado.

Como la amigable composición es de esencia contractual, la voluntad de las partes ha de ser, en todo caso, la Ley a que han de sujetarse los amigables componedores, que de aquella convención recibieron exclusivamente sus facultades para actuar, debiendo ajustarse estrictamente a los términos del compromiso en cuya virtud fueron nombrados, y comoquiera que por imperio de la Ley, que así lo establece en su artículo 828, en relación con el número 4.<sup>o</sup> del 793, en la escritura de compromiso deberá hacerse constar el plazo en que los amigables componedores hayan de pronunciar su sentencia, no puede quedar a su arbitrio la alteración de este requisito esencial de su función, que debe cesar en sus efectos al expirar aquél, con la consiguiente nulidad de todo lo que se actuara en este sentido con posterioridad a la fecha de casación.

En la escritura de compromiso otorgada por D.<sup>a</sup> María, D. Fernando y D. Jesús S. en 16 de marzo de 1944, ante el Notario de Madrid P., se hace constar que el plazo en que los amigables componedores designados habían de dictar su decisión era el de tres meses, contados desde la fecha de la aceptación de todos o del último que lo manifestase, y por diligencias autorizadas por el propio Notario, que en el siguiente día del otorgamiento los componedores nombrados aceptaron su cargo, es evidente que el término en que válidamente había de ser éste cumplimentado expiró a los noventa días en que tales aceptaciones tuvieron lugar, o sea el 17 de marzo de 1944, computándose así de conformidad con lo establecido en el artículo 7.<sup>o</sup> del Código civil y debiendo contarse de momento a momento, sin exclusión de los inhábiles, por lo que al otorgarse en 16 de julio del mismo año la escritura de sentencia por los amigables componedores que constituyeron la mayoría decisoria de la resolución adoptada, según en tal instrumento público se expresa, había ya transcurrido el plazo legalmente admisible para efectuarlo, vencido el día anterior, y, por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto y con la doctrina establecida

por este Tribunal (sentencias de 10 de junio de 1941 y 10 de diciembre de 1942), procede estimar el segundo de los motivos que sirven de fundamento al recurso.

**SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1946.—*Negocio fiduciario y simulación.***

Hay que afirmar la validez del negocio fiduciario en el ámbito de la doctrina patria, al que dándole ese nombre se refiere la resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de junio de 1922, siquiera sus decisiones no constituyan doctrina para este Tribunal, ni sea el mismo el caso por ella contemplado, y que se dibuja cada vez con más acusados trazos en las sentencias de esta Sala de 22 de noviembre de 1935, y 7 de enero, 10 de marzo, 25 de mayo y 30 de octubre de 1944, lo que ofrece ocasión para reiterar en este caso lo que en ellas se dijo, señalando así, con la obligada distinción entre simulación y fiducia, los distintos efectos de cada una y afirmando una vez más que, como dijo la de 25 de mayo, no basta la incongruencia entre la estructura jurídica y la finalidad económica de un negocio para determinar su ineeficacia, puesto que la adopción de una vía oblicua o combinación de figuras jurídicas entrelazadas no obsta a la validez, si se trata así de obtener un resultado no previsto en los cuadros de la Ley, siempre que ello no implique un fraude que los hechos de que en este caso se parte no permiten configurar.

**SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1946.—*Cambio de demanda.***

La circunstancia de no haberse podido emplazar a uno de los demandados por haber fallecido, debió determinar en nuestro enjuiciamiento, predominantemente dominado por el principio dispositivo, la modificación de la demanda en el sentido de dirigirla contra los causahabientes del fallecido; pero como el demandante nada instó oportunamente, llegaron los autos a sentencia con la petición viva en demanda de que se condenase al referido demandado fallecido, y ante esta situación anómala, el juzgador de ins-

tancia dictó fallo absolutorio respecto del mismo, porque en cuanto a él no se había constituido la relación jurídico-procesal, y por otra parte, no podía abstenerse de todo pronunciamiento en sentido formal, sin incurrir en incongruencia.

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1946.—*Tercería.*

El recurso alega que el tercerista no pudo adquirir la propiedad que invoca, puesto que su causante adquirió la propiedad mediante un contrato simulado. El Tribunal Supremo rechaza este motivo. El recurso habría de referirse al título determinante del derecho que se persigue en el juicio y no a otro u otros que pudieron servirle de antecedente mediato que no fueron objeto propio del litigio y cuyo examen y calificación escapa a los términos del mismo, que no permitió a todos sus otorgantes conocer la impugnación y defenderse de ella.

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1946.—*Efectos de la sentencia firme dictada en juicio definitivo de alimentos.*

Si bien la sentencia firme dictada en juicio de alimentos provisionales, según el artículo 1.617 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no produce excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para ventilar después la misma cuestión en el juicio plenario de alimentos definitivos, la que se dicte en este segundo juicio no tiene efecto retroactivo, de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por suponerse consumidas en necesidades perentorias de la vida, como ha declarado esta Sala en repetidas sentencias y confirma, en cierto modo, el artículo 148 del Código civil al ordenar que, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que aquél hubiese recibido anticipadamente.

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1946.—*Rendición de cuentas.*

La Sala parte de la apreciación de que las cuentas se rindieron con anterioridad a la demanda por el demandado al actor, teniendo en cuenta los elementos de prueba obrantes en el juicio,

estimando al propio tiempo que éste pudo impugnar las cuentas y formular una petición concreta de abono de cantidad, pero que no le es dable someter al Tribunal las cuentas para que fije el saldo, que él mismo puede concretar con los elementos de juicio que posee.

SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1946.—*Artículo 756 del Código civil; casación.*

La instrucción del sumario a causa de la muerte violenta del marido de la demandada empezó antes de tener esta última noticia del suceso, por lo cual quedó liberada de la obligación de formular la denuncia y excluida de la sanción que por falta de denuncia impone el número cuarto del artículo 756. La Sala repudia, en cambio, la apreciación jurídica del Tribunal *a quo*, en cuanto afirma que el cómputo del mes para denunciar debe contarse en el caso de autos, en que la demandada residía en Francia cuando se enteró del asesinato de su marido, a partir de la fecha en que volvió a España; pues, en cuanto a este aspecto del litigio, se ha de decir que la fecha en que es conocido el hecho delictivo determina la iniciación del plazo para denunciar, tanto porque así resulta de los términos literales del mencionado precepto legal—heredero *sabedor* de la muerte violenta que no denuncia dentro de un mes—como porque surge la posibilidad de denunciar al ser conocido el objeto de la denuncia, y no después, como no se demuestre la concurrencia de circunstancias constitutivas de fuerza mayor que justifiquen la demora e interrumpan el plazo, caso que no se da en favor de la demandada.

Aunque por lo expuesto no es acertada la interpretación que la Audiencia ha dado al número cuarto del artículo 756 en un razonamiento complementario sobre cómputo del plazo de denuncia, la casación no es procedente; porque, como han dicho múltiples sentencias, y últimamente la de 29 de enero de 1945, si en pura técnica procesal pudiera entenderse que toda infracción legal debiera producir la casación por el matiz público del recurso extraordinario, que primordialmente tiende a corregir la vulneración de las normas y a fijar el sentido jurídico que las inspira, es lo

cierto que por razonés de economía procesal, y con criterio a la vez lógico y expeditivo, esta Sala viene denegando la casación en todos aquellos casos en que el fallo recurrido tiene base suficiente en otros razonamientos de la sentencia impugnada, o en los que este Tribunal estime aplicables, respetando las alegaciones y peticiones de las partes y los hechos declarados probados, pues en estos supuestos queda atendido el aspecto público del recurso con la interpretación y aplicación de la ley en la motivación jurídica de la sentencia que lo resuelve.

SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1946.—*Doble venta.*

Para resolver el conflicto jurídico producido por la doble venta de una cosa mediante entrega o confesión de precio son aplicables en nuestro Derecho las normas establecidas por el artículo 1.473 del Código civil, precepto que, interpretado por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, en su sentencia de 13 de mayo de 1908, reiterada por las de 29 de noviembre de 1928 y 31 de octubre de 1929, ha de entenderse siempre todo él sobre la base de la buena fe, debiendo, cuando de doble venta de inmuebles se trata y falte el aludido requisito, estimarse ineficaz la preferencia que el párrafo segundo del artículo mencionado establece, y aplicarse, en su consecuencia, las otras normas que sean pertinentes de dicho precepto.

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1946.—*Propiedad intelectual.*

Concretado el problema planteado en el litigio a que el presente recurso se refiere a cuanto proceda sobre la validez o nulidad de las anotaciones de reversión hechas en el Registro de la Propiedad Intelectual a favor de doña Blanca Arimón Pacheco, como heredera y sucesora de D. José Zorrilla, respecto de varias obras de éste de que queda hecho mérito en los Resultados precedentes, anotaciones que se efectuaron en 21 de marzo de 1933, en cumplimiento de las Ordenes del Ministerio de Instrucción Pública de 14 y 20 de enero del propio año, tiene que someterse al examen del proceso legisla-

tivo sufrido por la propiedad intelectual, en un principio denominada propiedad literaria desde que adquirió su propiedad el editor don Manuel Delgado, padre de D. Manuel Pedro Delgado García, causante de la recurrente doña María Victoria Delgado Bueno, en 1844, respecto del drama «Don Juan Tenorio», y en fecha no precisada para las demás, pero todas ellas antes de 1847, en cuya época esta materia estaba regida únicamente por el Reglamento de 4 de enero y de 18 de enero de 1834, que en su artículo 30 confería a los autores de obras originales el derecho de propiedad de las mismas durante toda su vida, con la facultad de transmitirle a sus herederos por diez años más, disponiéndose a la vez que, transcurrido este último plazo, dichas obras pasarían al dominio público, y este derecho, de tal suerte limitado en el tiempo, podía transmitirse contractualmente a personas extrañas; pero lógicamente, aun cuando en la convención establecida no se hiciese salvedad alguna sobre el particular, no podía admitirse que se extendiera a ellos en forma más provechosa que la que la Ley reconocía a los propios autores para sí, sobreponiendo el término fijado para su disfrute en perjuicio de la colectividad a quien había de beneficiar su transcurso con la declaración de la Ley de que pasaron al dominio público a la expiración de aquél.

Si bien es cierto que la Ley de 10 de junio de 1847, dictada con posterioridad a la de adquisición por parte del editor Sr. Delgado de las obras cuyas anotaciones de reversión se discuten, extendió a veinticinco años (art. 17) el derecho de propiedad literaria de los herederos legítimos o testamentarios o de los derechohabientes del autor de obras dramáticas, dispuso en su artículo 28 que los compradores de éstas gozarían de su derecho de propiedad en el término fijado por la legislación hasta entonces vigente, volviendo su propiedad al autor a la expiración de este plazo para que pudiera disfrutarla por lo que faltase hasta llegar al más extenso que la nueva Ley fijaba, marcando de tal suerte una diferencia en favor de los herederos del ingenio creador de la obra sobre el de los que la habían adquirido por título de compra, sin perjudicar los derechos de éstos, que respetaba, pero no extendía; principios que inspiraron asimismo a la Ley de 10 de enero de 1879, en la cual se extendió nuevamente al derecho de propiedad concedido a los herederos de los autores, ya en este caso de toda clase de obras literarias,

científicas o artísticas, por un término de ochenta años a partir del fallecimiento del autor, cuya Ley y el Reglamento que para su ejecución se dictó en 8 de septiembre de 1880 constituyen la norma en vigor reguladora de esta propiedad y han servido de base al recurso en cuanto éste se apoya en la supuesta infracción de los artículos 36 y 58, respectivamente, fundamentos del motivo primero, establecido al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El artículo 36 de la Ley de 10 de enero de 1879, que se reputa infringido, establece con carácter de generalidad la exigencia de la inscripción en el Registro general de la Propiedad Intelectual, dentro del plazo de un año a contar desde la publicación de la Ley, para poder gozar de los beneficios de la mayor temporalidad en su disfrute que establecía el artículo 6.º, y sus efectos alcanzaban, por disposición expresa del artículo 52, no sólo a las obras que hubieran de publicarse, sino también para las ya publicadas, e incluso para aquellas que hubieran entrado ya en el dominio público, dejando a salvo los beneficios adquiridos bajo la acción de leyes anteriores, por lo que el plazo de un año que el referido precepto marcaba para beneficiarse en la forma por la misma Ley establecida era indeclinable, no sólo porque así lo revela la forma imperativa del precepto, que lo requiere como requisito necesario con alusión a la pérdida del derecho si no se cumplen dentro de él los requisitos precisos para la inscripción, sino también porque los artículos 54, 56 y 58 del Reglamento—el último de los cuales se estima también infringido en el recurso—, desarrollando el precepto legal examinado, fijan de modo inequívoco las varias modalidades que han de tenerse en cuenta conforme a la situación registral de esta propiedad en aquel entonces, y en tanto lo considera potestativo para los que tuvieran hechas sus inscripciones con anterioridad a la Ley y a los derechohabientes de los autores a quienes haya vuelto o deba volver la propiedad, concediéndoles la facultad de inscribir (arts. 54 y 56), la impone a los compradores anteriores a la Ley de 1847 (artículo 58), en cuyo caso se encontraba el causante de la recurrente, y los sanciona, si no verifican la inscripción dentro del plazo marcado, con la pérdida de su derecho y la prescripción de que vuelva éste a quien corresponda.

Comoquiera que el plazo de un año establecido por los precep-

tos ya citados había de contarse, según el artículo 59 del Reglamento, desde que se anunciara en la *Gaceta de Madrid* que quedaban organizados los Registros, lo que tuvo lugar en 28 de mayo de 1885, afirmándose en la sentencia recurrida que el editor Sr. Delgado efectuó las inscripciones de las obras afectadas por la reversión entre los años 1888 y 1896, sin precisar las fechas, que el recurrente fija más exactamente en su recurso en 29 de abril de 1892 y 2 de junio de 1894, es evidente que no se infringió por la Sala sentenciadora lo dispuesto en los artículos 36 de la Ley de 10 de enero de 1879 y 58 del Reglamento de 8 de septiembre de 1880 al apreciar como resulta de la simple comparación de fechas que tales inscripciones se hicieron fuera del plazo legal pre establecido e incurisas en la sanción correspondiente que permitan válido y eficaz acceso al Registro de las producidas por la heredera del autor, cuya nulidad fué denegada, procediendo en su virtud a la no estimación del motivo primero del recurso.

SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 1946.—*Artículo 1.902 del Código civil.*

La falta de vigilancia o guarda nocturna en el cruce de ferrocarril con otro camino a nivel es la omisión de la más elemental precaución, cuando por la escasa o nula visibilidad es más necesaria para evitar el riesgo de tan graves accidentes como el que produjo la muerte de J. B. J., omisión en sí misma culpable y más si se tiene en cuenta que contraviene una disposición legal, contenida en el artículo 8.<sup>o</sup> de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, que impone a las Empresas explotadoras de los caminos de hierro la obligación de establecer barreras, que estarán cerradas y «sólo se abrirán para el paso de carroajes y ganados»; sin que dicha disposición haya sido derogada ni modificada por otra disposición de Ley, única que, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.<sup>o</sup> del Código civil, podría hacerlo con eficacia; siendo, por otra parte, el Decreto de 20 de septiembre de 1934 y Ordenes de 29 de marzo y 4 de mayo de 1935 posteriores a la fecha del accidente. La ausencia de barreras debidamente guardadas no puede cohonestarse ni por lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento de 8 de septiembre de 1878, que precisamente ordena organizar «de

la manera más conveniente» (no para la Empresa, sino para evitar accidentes, debe entenderse), el servicio y policía de barreras, con lo que corrobora el precepto legal citado que ordena establecerlas, ni por la afirmación del jefe de Vías y Obras de que desde tiempo inmemorial el paso en que ocurrió el accidente estuviese guardado sólo de día, porque precisamente la falta habitual, lejos de atenuar la culpa de la Empresa, la agrava notablemente. La omisión culpable apreciada, imputable, no a ninguno de los dependientes de la Empresa, sino directamente a ella misma, obrando por sus órganos rectores, impone a la Empresa la obligación de indemnizar el daño causado.

**SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1946.—*Domicilio de la mujer casada.***

Contra la presunción establecida en el párrafo primero del artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre ser el domicilio de la mujer casada el mismo de su marido, la constante jurisprudencia de este Tribunal admite la prueba de tenerlo la mujer distinto que su marido, aun en el caso de no estar separados legalmente, atendiendo a la realidad de su residencia habitual distinta, razón definidora del domicilio de las personas naturales según el artículo 40 del Código civil.

**SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1946.—*Artículo 803 de la Ley de Enjuiciamiento civil.***

El segundo párrafo de esta disposición no constituye un precepto prohibitivo, y debe ser interpretado como disposición supletoria de la voluntad de los compromitentes, aplicable al caso de que éstos, en la escritura de compromiso o en otra adicional, facultaren de modo general, sin fijar los detalles, a los amigables componedores para acordar la prórroga del plazo estipulado para dictar el laudo, siendo sólo en tal supuesto ineludibles las restricciones y formalidades que el precitado precepto legal establece.

## V A R I A

BRAULIO ALFAGEME: *Principios de economía sobre estabilización monetaria.*—Madrid, 1945.

En esta segunda edición del estudio publicado por el Sr. Alfageme sobre uno de los problemas de mayor importancia en el momento actual (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 193, página 423) se ha completado la exposición de los llamados planes Keynes y Morgenthau con el anexo A del acta final de la Conferencia de Bretton Woods, referente a los estatutos aprobados para la creación de un Fondo Monetario Internacional.

Este organismo de crédito tiene por finalidades crear un instrumento de consulta, promover el desarrollo del comercio de los países asociados, estabilizar los cambios, eliminar las restricciones monetarias que perjudiquen la expansión del tráfico internacional y fomentar la confianza de todas las naciones para que, utilizando los recursos comunes, puedan corregir el desequilibrio de sus balanzas de pagos.

España todavía no se halla en la lista de los países a quienes se asignan cuotas, desde medio millón de dólares (Panamá y Siberia) hasta 2.750 millones (Estados Unidos); pero en nuestra legislación ya se han dejado sentir, a principios de mayo, las influencias de los acuerdos adoptados en New Hampshire (Estados Unidos) durante el mes de junio de 1944.

Los méritos del primer trabajo del autor fueron precisamente reconocidos por el Sr. Montoulieu, presidente de la Delegación de Cuba en la citada Conferencia.

PASCUAL MARÍN PÉREZ: *La hipoteca de responsabilidad limitada.*—En 4.º, 44 págs.—Instituto Editorial Reus. Madrid, 1945.

Nuestro joven autor intenta en este trabajo un comentario sobre el artículo 138 de la nueva Ley Hipotecaria, llevado a cabo desde un punto de vista rigurosamente técnico y sin caer en ninguno de los dos extremos que tanto perjudican la glosa jurídica, a saber: la detracción sistemática y la apología a ultranza.

Consciente el autor—aunque en algún momento sus propias palabras aparezcan en aparente contradicción con su intención—de la importancia que para la debida comprensión de la fase actual de las instituciones jurídicas tiene el estudio de su desenvolvimiento histórico, incluso en las fases más embrionarias y remotas, sobre todo cuando este estudio se hace desde el punto de vista de la historia comparada; después de plantear el problema que mueve su pluma, y antes de abordarlo dentro del marco estricto del ordenamiento jurídico español, se ocupa con la hipoteca en el Derecho romano y en el germánico, así como también en la historia jurídica española, revelando un buen conocimiento de la bibliografía más importante sobre el asunto y haciendo una acertada síntesis de las posiciones más salientes con respecto al tema.

Sobre la base de estos antecedentes, el autor lleva a cabo un análisis de la nueva modalidad del instituto hipotecario, poniendo de relieve su buena preparación civilística y ateniéndose, sobre todo, a las doctrinas del ilustre maestro D. José Castán.

El autor considera la hipoteca de responsabilidad limitada como un acierto legislativo, y estima asimismo que el legislador español ha superado las figuras afines de la legislación extranjera. Es digna de hacerse resaltar también la preocupación que el autor manifiesta por los problemas sociales, dedicando la última parte de su trabajo a defender con calor la institución desde el punto de vista agrícola y, sobre todo, como favorable al pequeño agricultor. Felicitamos a nuestro querido amigo por su elogiable trabajo.

EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ.  
Catedrático de la Universidad de Valladolid.

JOSÉ PABLO HERRÁN DE LAS POZAS : *Derecho notarial*.

El estudioso Notario y Registrador de la Propiedad ha escrito en forma sencilla y modesta unas contestaciones al programa de oposiciones libres a Notarías de 14 de septiembre, que pueden servir a los futuros opositores para dar los primeros pasos en la materia.

Algunos profesionales con quienes hemos cambiado impresiones sobre la obra encuentran la exposición demasiado modesta y un poco inadecuada a las necesidades de los modernos estudios.

En efecto ; nadie puede suponer que domina el tema de «Las cláusulas de estilo» con la indicación de que son aquellas que por una práctica rutinaria y un espíritu marcado de imitación se recogen casi siempre oficiosamente por los escribanos, sin que la mayor parte de las veces estén encaminadas a producir efectos jurídicos. En verdad, cuando las investigaciones de Carnelutti, Doná, Porcioles, Castán, Núñez Moreno y otros muchos tratan de poner de relieve el valor que la práctica notarial y las cláusulas constructivas tienen para la fecundidad, precisión, seguridad y vida del Derecho, resulta demasiado pobre la apuntada idea.

Tampoco nos satisface, por ejemplo, la contestación dada a la pregunta «excepción del documento no leído».

El autor entiende que, aparte del derecho que tienen los otorgantes a renunciar a la lectura *por sí* del instrumento público, hay otra excepción, nacida del defecto físico o mental : ceguera o analfabetismo. Queda así desenfocada la materia, y esto después de haber dedicado el Sr. Núñez Lagos una docena de páginas a la excepción de documento no leído (*Schedula non lecta*) y a demostrar que no puede aducirse con plenos efectos procesales cuando el Notario ha afirmado al autorizar el instrumento que la ha leído al otorgante y éste se ha enterado de su contenido.

*Revista de Estudios de la Vida Local.*

Esta publicación trimestral, dirigida por el Catedrático D. José Gascón y Marín, ha terminado el cuarto año con un número de más de doscientas páginas, en que, aparte de escogidos trabajos

doctrinales, inserta una completa información nacional y extranjera sobre las materias que constituyen su especialidad y sobre las actividades del Instituto de Estudios de Administración Local.

FEDERICO PUIG PEÑA, Abogado Fiscal: *Tratado de Derecho civil español*. Tomo IV: «Obligaciones y contratos». Volumen 1.º: «Teoría general de la obligación».—Editorial «Revista de Derecho Privado».

El autor desenvuelve la esencia y contenido de la obligación, su vida, transmisibilidad y cumplimiento, y las causas de extinción de las obligaciones en la forma que pudiéramos llamar universitaria, sobre la base doctrinal de los publicistas españoles e italianos de los últimos tiempos y de los alemanes y franceses de más curso en nuestras Facultades, pero sin conceder gran valor a las trascendentales innovaciones y a la profunda crítica de los revolucionarios profesores nazis.

*Sobre la reciente reforma del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado en España.*

Glosas del momento denomina nuestro colaborador el Sr. Bellver y Cano (D. Antonio) a estas impresiones sobre la última reforma que ha publicado en la *Revista del Notariado*, órgano del Colegio de Escribanos de Buenos Aires, y que éste ha impreso en edición separada.

RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Los contratos administrativos*.

El Instituto de Estudios de Administración Local ha publicado la segunda edición de la obra fundamental del malogrado profesor de Derecho administrativo para honrar su memoria.

Puesta al día por los Sres. Gascón y Marín (D. José) y Leiva Cobeña (D. Eduardo), la obra conserva su estructura original, y con la adición de notas técnicas, datos legislativos y jurisprudencia reciente, así como con la elaboración escrupulosa de los índices de autores y materias, ha aumentado su valor y prestará señalados servicios a los juristas, funcionarios e interesados en la materia.

MIGUEL FENECH: *Derecho procesal penal* (tres tomos).—Bosch, Barcelona, 1945.

El joven y, no obstante, ya insigne catedrático de Barcelona, Miguel Fenech, autor de numerosos estudios (1), acaba de publicar un tratado completo de Derecho procesal penal, de 1.600 páginas repartidas sobre tres tomos.

El *primer libro* analiza los conceptos fundamentales: el proceso penal, el Derecho procesal penal, las fuentes del Derecho procesal penal y el ámbito de aplicación del Derecho procesal penal. En el decantado problema de la naturaleza del proceso: relación o situación o institución jurídica, Fenech se abstiene de una toma de posición por estimarlo actualmente carente de interés práctico. Entre los principios generales del proceso penal, Fenech enumera el de la oficialidad, el de la legalidad, el de la inmutabilidad y el de la verdad material. Tal vez fuera conveniente incluir en el catálogo de principios fundamentales el principio de la imparcialidad, que con creciente rigor se extiende a testigos, peritos, fiscales, abogado del Estado, auxiliares del juzgador y al juzgador mismo; y que explica las instituciones procesales de la inhabilidad y tacha de los testigos, de la recusación de peritos, auxiliares judiciales y juzgadores, así como de la abstención del fiscal y de otras de las mencionadas personas. El lugar sistemático tradicional de la recusación, al tratar de las condiciones personales generales y específicas del juzgador, no nos parece del todo adecuado. Mencionamos como particularmente logrado el capítulo acerca de las fuentes.

El *segundo libro* trata de los sujetos del proceso penal, y se subdivide en dos secciones, dedicadas respectivamente al órgano jurisdiccional y a las partes. La primera sección se consagra al tribunal penal, a la jurisdicción penal, a la competencia y a la

(1) Artículos en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*: «Contribución al estudio del aborto» (1934, págs. 410 a 433); «Nuevas orientaciones del Derecho procesal penal» (1941, págs. 56 a 82); «El concepto de documento auténtico» (1941, págs. 216 a 227). Especial mención merece la monografía «La posición del Juez en el nuevo Estado» (Espasa-Calpe, Madrid, 1941). También es meritoria la traducción del Derecho procesal penal, de Beling, publicada por la Editorial Labor en 1943.

capacidad funcional. La segunda sección se ocupa de las partes acusadoras, de las partes acusadas y de los defensores y representantes de las partes. Fenech dedica interesantes observaciones al actor civil: el actor civil no puede reclamar si el fiscal desistió de la llamada acción penal, por estar subordinada la suya a aquélla; igualmente es inadmisible el recurso de casación contra el auto de sobreseimiento interpuesto por el actor civil solicitando que se declare que los hechos revisten los caracteres de delito, pues tal declaración no nace del ejercicio de la pretensión de resarcimiento, única que a aquél correspondía. Las partes acusadas son el imputado (según la terminología de Fenech) y el responsable civil. Se entiende por responsable civil aquella parte contingente frente a 'a que se pide en el proceso penal la actuación de las pretensiones civiles de resarcimiento, cuando se trate de persona distinta del imputado. Se quebranta una forma esencial del procedimiento si se omite la citación del responsable civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, según la interpretación acertada del artículo 911, núm. 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento criminal. En algunos casos pueden ser responsables civiles las sociedades mercantiles irregulares (o sea las no inscritas en el Registro Mercantil).

El *libro tercero* enfoca el objeto del proceso penal y contempla sucesivamente la pretensión punitiva, la pretensión de resarcimiento y las pretensiones prejudiciales. Fenech sustituye el concepto de acción por el de pretensión, por el cual entiende el acto procesal consistente en una declaración de voluntad, en virtud de la cual se solicita la actuación del órgano jurisdiccional penal en relación con alguna de las funciones atribuidas a éste, frente a otra persona, invocando la conformidad de lo pedido con lo dispuesto en el derecho objetivo. Fenech se afilia con esta tesis a la nueva escuela de Derecho procesal, creada en Alemania en 1925, cuya misión consiste en liberar al Derecho procesal de todos los conceptos de cuño material y en dotarle de nociones auténticamente procesales. El Derecho material constituye un sistema artificial, y sus conceptos tienen todas las ventajas (existencia e inexistencia ideal) y desventajas (dificultad de aplicarlos a la realidad) de los conceptos artificiales. Los conceptos de Derecho material son, en efecto, semejantes a los matemáticos. La acción constituye una categoría de Derecho material, puesto que construye sobre el supuesto de determinados requisitos un de-

recho. Por ello, la eliminó ya el creador de la nueva escuela de Derecho procesal de la órbita del mismo. Las nociones procesales, en cambio, son nociones de una ciencia aplicada y deben contener por ello las características de la realidad, como principalmente la incertidumbre. Fenech acierta, por consiguiente, plenamente si exige de la pretensión meramente que «afirme» la conformidad con el Derecho objetivo, puesto que la conformidad misma es objeto del proceso y se juzga en la resolución final sin que tampoco se sepa si dicha resolución es o no acertada. Llamamos la atención sobre el magistral análisis de las pretensiones prejudiciales.

El cuarto libro se ocupa de los actos del proceso penal. La sección primera da una teoría general de los actos procesales. La sección segunda expone los actos de iniciación: la denuncia, la querella y la iniciación de oficio. La sección tercera se adentra en los actos de desarrollo. Estos abarcan los actos de aportación: los de alegación y los de prueba; los actos de dirección: resoluciones, recursos, actos de comunicación y actos de coerción, y, finalmente, los actos de formación: de incorporación, de documentación y de desglose. La sección cuarta, por último, construye los actos de conclusión: sobreseimiento, conformidad del imputado y sentencia. De la riqueza exuberante del cuarto libro escogemos, como ejemplos, la claridad con que Fenech articula las diferentes categorías de nulidad e ilicitud procesal. También es muy interesante su enfoque de la sumisión del imputado a la más grave calificación del acusador en materia de penas correccionales. Fenech rechaza la construcción de dicha conformidad como allanamiento, puesto que el allanamiento puede darse sólo en el proceso civil en que las partes disponen de los derechos deducidos en juicio. Fenech estructura la conformidad como el derecho del imputado a elegir entre el procedimiento ordinario y un procedimiento especial y más rápido. Fenech concibe la sentencia como un acto compuesto de un elemento racional y otro volitivo. Sentencia es el acto procesal del órgano jurisdiccional consistente en la emisión del juicio de éste sobre la conformidad o disconformidad de las pretensiones punitivas y de resarcimiento, en su caso, con el derecho material, y en la declaración de voluntad del mismo sujeto de que se actúen o denieguen dichas pretensiones.

El quinto libro esboza el procedimiento. La sección primera trata del procedimiento ordinario por delito. Fenech divide el proceso

penal, según el esquema tradicional, en tres fases: el sumario, la fase intermedia y el juicio oral. El problema radica en la delimitación de la segunda fase. Fenech establece que el período intermedio comienza con la llegada del sumario a la Audiencia y termina, en su caso, con la resolución sobre los artículos de previo y especial pronunciamiento. Dentro de la fase intermedia, Fenech distingue entre una fase necesaria que comprende todas las actuaciones menos la tramitación de los artículos de previo y especial pronunciamiento y una fase contingente que contiene esta última. Se podría dudar si no sería más acertado extender la fase sumarial hasta la confirmación del auto del juez de instrucción expresivo de la conclusión del sumario de parte de la Audiencia e incluir, por otro lado, los artículos de previo y especial pronunciamiento en el juicio oral. El sumario se inspira en la finalidad de reunir el material suficiente para que el Tribunal pueda juzgar sobre la necesidad de abrir el juicio oral. La fase intermedia tiene como finalidad este mismo examen. El juicio oral, finalmente, debe investigar la realidad de la sospecha que motivó su apertura. El proceso penal se puede comparar con una operación quirúrgica. El cirujano reúne, en primer lugar, el material suficiente para poder juzgar sobre la necesidad de una operación como, por ejemplo, radiografías, etc. (sumario); en segundo lugar, y con este material a la vista, el cirujano dictamina si hay o no hay bastante sospecha de que el mal consiste en una causa operable (fase intermedia); en caso afirmativo, y en tercer lugar finalmente, ~~se~~ procede a la operación, en cuyo curso la sospecha se evidencia o resulta infundada (juicio oral). Los artículos de previo pronunciamiento pertenecen de análoga manera al mismo proceso penal que las excepciones dilatorias al proceso civil. La existencia o inexistencia de los requisitos que en ambos grupos de excepciones se alega no es supuesto del proceso, sino supuesto de una sentencia sobre el fondo. La sección segunda detalla los procedimientos especiales. La sección tercera analiza el proceso sobre faltas. Fenech llama acertadamente la atención sobre la oficialidad de este juicio, en el que la Ley abandona el principio acusatorio que con tanta rigidez mantiene en el proceso sobre delitos.

El sexto libro está dedicado a la casación y revisión, y expone con gran claridad y abundante jurisprudencia esta materia, de indudable interés teórico y de reconocida trascendencia práctica.

El *séptimo libro* establece los efectos del proceso, tanto los jurídicos (sección primera) como los económicos (sección segunda). Los efectos jurídicos abarcan la cosa juzgada y la ejecución.

El juicio general sobre la obra de Fenech no puede ser más favorable. Estamos en presencia del primer tratado *científico* que en la actualidad se ha publicado en España acerca del Derecho procesal penal. Las exposiciones de Fenech observan en cada momento y en cada cuestión una actitud rigurosamente sistemática, recogen todas las variedades doctrinales y reproducen y critican de modo exhaustivo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si es cierto que la claridad es la cortesía de un autor frente a sus lectores, ningún autor puede guardar cortesía más versallesca que Fenech. Numerosos problemas han sido descubiertos por primera vez en su tratado. Otros fueron por primera vez por Fenech sistematizados. El *Derecho procesal penal* constituye además un nuevo y logrado tipo *didáctico*. Fenech evita todas notas al pie del texto y esquiva dentro del mismo texto el exceso de citas y polémicas intrascendentes. Estimamos, por tanto, que científica y pedagógicamente el *Derecho procesal penal* de Fenech constituye un triunfo de sorprendente madurez y coloca a su autor a la cabeza de los procesalistas españoles especializados en el proceso penal.

*REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS.*—Sumario del número 24: ANGEL ALVAREZ DE MIRANDA: *Arte y Política*.—VICENTE GENOVÉS: *Las primeras campañas políticas de Aparisi y Guijarro*.—NICOLÁS RAMIRO RICO: *Guerra y técnica*.

NOTAS :

*La prudencia y el tiempo*, por «Azorín».—*Alcalá Zamora y Carlton Hayes opinan sobre España*, por José María Areilza.—*Quevedo, diplomático*, por Ciriaco Pérez Bustamante.

MUNDO HISPÁNICO :

*Perfil de Riva Agüero*, por Alberto Wagner de Reyna.—*Liners y Napoleón*, por el Marqués de Rozalejo.

CRÓNICAS :

*Crónica de la política nacional*, por \*\*\*.—*Crónica internacio-*

*nal*, por Pedro Mourlane Michelena.—*Crónica económica*, por Mariano Sebastián.—*Crónica cultural*, por José María García Escudero.

#### RECENSIONES :

*La generación del 98*, de Pedro Laín Entralgo, por José Corts Grau.—*La prudencia política*, de Leopoldo Eulogio Palacios, por Torcuato Fernández Miranda.—*Autoridad y libertad*, del Marqués de la Eliseda, por Joaquín Ruiz-Jiménez.—*El hecho político de Argel*, de Tomás García Figueras, por José María Cordero Torres.—*La representación del país*, del Vizconde de Eza, por Luis Araújo Costa.—*Lecciones de Derecho político*, de Luis Sánchez Agesta, por José María Hernández-Rubio.—*Yo fui un joven maurista*, de José Gutiérrez Ravé, por Javier M. de Bedoya.—*Semblanza de España*, de M. Legendre, por Bartolomé Mostaza.—*La idea del Estado*, de Adolfo Posada, por María Palancar.—*Maquiavelo, historiador*, de José Luis Romero, por J. I. Tena Ybarra.—*Religion and the modern State*, de Christopher Dawson, por Diego Sevilla.

#### REVISTA DE REVISTAS :

Argentinas, colombianas, cubanas, chilenas, francesas, inglesas, internacionales, mejicanas, norteamericanas, peruanas, portuguesas, venezolanas y españolas.

#### BIBLIOGRAFÍA :

I. Administración pública.—II. Economía política.—IV. Derecho y doctrina políticos.

*SUPLEMENTO DE POLÍTICA SOCIAL*.—Sumario del número 3 : LUIS DÍEZ DEL CORRAL, *Individuo y sociedad en el liberalismo doctrinario*.—JOSÉ PÉREZ SERRANO, *El descanso anual obligatorio*.

#### NOTAS :

*El Seguro de la Vejez en la XVII Conferencia Internacional del Trabajo*, por Héctor Maravall Casesnoves.—*Dos notas sobre Jurisprudencia social*, por Eugenio Pérez Botija.

#### RECENSIONES DE LIBROS :

*The Family and the State*, de W. F. Lofthouse, por María Pa-

lancar.—*Historia social e industrial de Inglaterra*, de F. W. Ticker, por Luis Burgos Boezo.—*Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, de Miguel Hernáinz Márquez, por C. G. P.—*Pasado y futuro de la Oficina Internacional del Trabajo*, de León Martín-Granizo, por Mariano Ucelay Repollés.—*La Carta del Atlántico y la Carta de Filadelfia*, de Tomás Elorrieta y Artaza, por Carlos G. Posada.—*Alcance y finalidad de los seguros sociales obligatorios*, de Alfonso Esteban, por Luis Burgos Boezo.

RESEÑA DE REVISTAS :

Españolas, internacionales, inglesas y norteamericanas.

LEGISLACIÓN :

Legislación social.

JURISPRUDENCIA :

Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Resoluciones del Ministerio de Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA :

Obras españolas e hispanoamericanas. Obras extranjeras. — Precio: 10 pesetas.

EDITORIAL ARANZADI.—Han llegado a nuestro poder las entregas semanales 3, 4, 5 y 6 del mes de febrero, y 7, 8, 9 y 10 del mes de marzo. Se componen en total de 271 páginas, que contienen las disposiciones publicadas hasta el día 11 de marzo desde el número 122 al 409 del Repertorio, además del Índice alfabético y cronológico del mes de enero.

LA REDACCIÓN.



## MANUEL DEL PALACIO

MAQUINAS DE ESCRIBIR  
SUMAR Y CALCULAR

TALLER DE REPARACIONES

PLAZA DE CANALEJAS, 6

•

TELEFONO 18435

MADRID

# 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-