

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXI

Febrero 1945

Núm. 201

La Reforma Hipotecaria: su contenido y alcance

I

CONSIDERACIONES GENERALES

Un texto legal tan importante como el publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, al comenzar el año en curso, justifica con creces el estudio y comentario de quienes nos hemos adscrito, vocativa o profesionalmente, a los temas inmobiliarios. Realidad legislativa, que ha de ser norma vigente dentro de pocos meses y lo es ya en algunos extremos, su estudio resulta inexcusable para cuantos han de aplicarla oficialmente y, en general, para los juristas iniciados en estas difíciles materias; y su comentario y exégesis, convenientes para su más recta inteligencia y para facilitar su implantación práctica.

Sabido es, sin embargo, que una reforma legal no puede ser objeto de crítica fundada, sino *a posteriori*, esto es, después de su vigencia y contacto con la realidad viva, cuando la subsunción de la norma pone de manifiesto su adecuación a las necesidades que trata de satisfacer, o, por el contrario, su disparidad con ellas o su insuficiencia, y la experiencia enseña las ventajas e inconvenientes de la reforma: en suma, su éxito o su fracaso.

No en vano, una Ley equivale a un esquema jurídico, o, según la conocida frase de Ihering, a los planos de una máquina, que

sólo pueden valorarse cuando ésta funciona. Es preciso que la Ley *funcione*, actúe en el mundo real, para que su enjuiciamiento sea certero.

A pesar de ello, y una vez formulada esta salvedad, séame permitido esbozar un intento de juicio *a priori*, trazado sobre los planos o maqueta de la nueva Ley, antes de su consumación o vigencia, sin otro propósito que el de trazar una orientación sobre la voluntad del legislador al dictar la reforma, sobre su realización positiva y sobre sus presumibles resultados.

Ante todo, conviene recordar que la actual reforma de la Ley Hipotecaria no se ha propuesto modificar total ni parcialmente los principios clásicos de nuestro sistema, ni dar carta de naturaleza a exóticas innovaciones, inspiradas en sistemas extranjeros—quizá hoy en crisis de superfetación—, sino tan sólo desarrollar y aplicar esos principios en toda su integridad y extensión. Según afirma el preámbulo, con laudable sinceridad, las más relevantes características de la reforma son, en síntesis, una más acusada protección de los derechos inmobiliarios inscritos, una creciente flexibilidad en el régimen hipotecario y una mayor facilidad para mantener el adecuado paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica.

Tal autolimitación de la reforma, que a sí mismos se impusieron sus redactores, es digna del mayor encomio. Y lo es porque—ya va siendo hora de proclamarlo *urbis et orbe*—el sistema inmobiliario español, si no perfecto, que nada humano lo es, sí es perfectible, racional y adecuado a nuestras realidades; y, desde luego, no es inferior en principios y postulados a sus congéneres. No creo que la realidad circundante nos haya enseñado, a los que vivimos desde dentro las instituciones inmobiliarias, el fracaso del sistema implantado por la primitiva Ley Hipotecaria e intentado perfeccionar por las reformas, no todas plausibles, de 1869 y 1909. Los principios en que se inspira nuestro sistema, su dogmática, están hoy tan vivos y rozagantes como en los tiempos de Luzuriaga y Gómez de la Serna. Donde la institución registral ha prosperado y la propiedad inmueble se ha acogido a su régimen protector—que yo califico de «inmunidades»—, el sistema ha dado ótimos frutos, como se comprueba en las comarcas más ricas y más cultas: han desaparecido los estelionatos; se ha favorecido el comercio de los inmuebles; el crédito territorial ha funcionado sobre bases sólidas y se ha

desarrollado con relativa amplitud; la usura se ha moderado; el dominio ha logrado estabilidad y seguridad; los pleitos inmobiliarios casi han desaparecido, y, por añadidura, la Hacienda pública ha alumbrado fuentes copiosas y seguras de ingresos fiscales. Y donde la institución registral todavía no ha arraigado—en esas extensas zonas del documento privado, de las partijas rurales, confeccionadas como Dios les da a entender por verdaderos «curanderos del Derecho», y de la inveterada ocultación tributaria—, no cabe imputar el fracaso a la sistemática ni a los principios de la legislación, sino a circunstancias diversas, muy ajenas a aquéllos, tales como el escaso valor de los minifundios; la escasez, creciente de día en día, de los fedatarios rurales; la carestía de la titulación y sus impuestos; las complicaciones civiles de la transmisión «mortis causa»; la incultura jurídica, que no es sólo privativa del vulgo; los cultivos económicamente deficientes, etc., etc.

Hoy, después de tres cuartos de siglo, nuestra institución registral se ofrece como muy aceptable, a la luz de los principios; científica, justa, moral, adaptada a las necesidades prácticas, a la vez que flexible y abierta a las reformas de detalle que la perfeccionen, sin mengua de lo esencial.

Verdad es que nuestra técnica legal no llegó a la «sustantividad» de la inscripción, ni a su obligatoriedad, ni a ciertas sutilezas de otros sistemas. Pero es que otorgar, a los asientos del Registro, fuerza de cosa juzgada; dar carta de naturaleza al principio del consentimiento abstracto, desligado de todo acto jurídico causal; llegar al artificio de la hipoteca del propietario o a las complicadas situaciones engendradas por el libre tráfico del rango hipotecario; prescindir del influjo de la moral, puesta de relieve por el principio de la buena fe, y dar valor a los pronunciamientos del Registro incluso «inter partes», son exageraciones a todas luces improcedentes, en pugna con nuestra tradición jurídica y nuestros hábitos contractuales.

Manejando abstracciones se suele volver la espalda a lo real y concreto, del mismo modo que prescindiendo de la realidad se cae de bruces en la utopía. Un sistema que atribuyese a la inscripción en todo caso plenos efectos de cosa juzgada, basados en presunciones *juris et de jure*, era el ideal de nuestros hipotecaristas clásicos, que, con el entusiasmo ingenuo que suscitan las instituciones nue-

vas, querían centrar toda la vida jurídica de los derechos reales en el Registro y defendían los plenos efectos, positivos y negativos, de sus asientos ; el valor inatacable de la inscripción ; el negocio real abstracto, ajeno en absoluto a toda consideración causal, es decir, a toda motivación humana. Quizá algo semejante a lo que bastante tiempo después ocurrió en el campo de las Bellas Artes, que sufrieron un proceso de *deshumanización* : y de ahí el ultraísmo literario, el cubismo pictórico, las puras formas geométricas en la escultura, sin vida ni expresión humanas. Las teorías ultrarradicales inmobiliarias de antaño, sustituidas hoy por el sistema de protección jurídica al comercio y trato de buena fe, eran a modo—permítaseme la frase—de un «cubismo hipotecario».

La actual reforma rechaza estas exageraciones y mantiene el sistema tradicional. Ello es plausible, porque las deficiencias que la realidad ha puesto de relieve hay que buscarlas fuera de la sistemática. Quizá lo primordial estriba en la falta de *base física* del Registro : la inscripción sólo garantiza formas jurídicas sobre inmuebles, esto es, que existe un derecho dominical, una hipoteca, un censo, pero no que exista en la realidad la finca o entidad física (superficie deslindada de nuestro planeta), elemento objetivo de aquellas relaciones jurídicas. Cúlpese a las deficiencias de nuestro Catastro o a la falta de coordinación entre éste y el Registro, mas no al sistema inmobiliario.

En cuanto a la inscripción *coactiva* o *forzosa*, preconizada por muchos como panacea capaz de resolver instantáneamente los defectos de la institución, no creo que resolviese nada práctico : porque la realidad es siempre más fuerte que las leyes, y no habría sanciones con suficiente energía para hacer cumplir un precepto, en pugna con esa realidad y muchas veces de imposible cumplimiento. Otra cosa es hacerla cada vez más *necesaria*, por su creciente conveniencia y por su reforzada eficacia ; y a medida que aumenten la riqueza y la cultura jurídica, en los medios urbanos y singularmente en los rurales, se irán convenciendo los propietarios de que es ventajoso para sus intereses proteger con las inmunidades del Registro sus inmuebles y derechos reales. La reforma, con buen sentido, tampoco ha optado por esa obligatoriedad coactiva de la inscripción. Se limita a acentuar su necesidad, revalorizando sus efectos y prohibiendo que los títulos no inscritos tengan eficacia

ante Juzgados, Tribunales o autoridades, con las obligadas y naturales excepciones.

Y hechas estas consideraciones generales, a manera de preámbulo, hora es ya de tratar concretamente de la reciente reforma hipotecaria. Para sistematizar en lo posible la exposición, creo conveniente una clasificación trimembre, a saber: I) Lo que la nueva Ley ha suprimido. II) Lo que la nueva Ley ha modificado. Y III) Lo que la nueva Ley ha innovado; o sea un análisis de las supresiones, modificaciones e innovaciones introducidas en el ordenamiento inmobiliario por la reforma, con lo que se completa el de su contenido y alcance.

II

SUPRESIONES EFECTUADAS POR LA NUEVA LEY

Tan interesante como el estudio de lo que las leyes nuevas alteran o crean por vez primera, suele ser el conocimiento de lo que derogan o suprimen de modo definitivo. Las instituciones que nacen se hallan patentes y manifiestas en el texto legal; las que mueren, borradas de éste, pasan muchas veces desapercibidas, a pesar de que su signo negativo puede servir de guía para la interpretación de aquéllas.

La reforma hipotecaria, en lo externo, se limita a sustituir ciertos artículos de la Ley de 1909 por otros, conservando celosamente su numeración, con lo que se facilita la futura labor del texto refundido. Cotejando los artículos nuevos con los antiguos, no es difícil acotar lo que la reforma ha suprimido. Podrían las supresiones clasificarse en *esenciales* y *accidentales*, según se refieran a conceptos o instituciones fundamentales o a procedimientos, detalles, definiciones o referencias de la Ley anterior. Pero, para mayor sencillez en la exposición, he optado por seguir el propio orden numérico de los artículos suprimidos. Examinemos, pues, con la posible concisión, qué es lo que desaparece en virtud de la reforma.

A) *Reservas de derechos a favor de terceros*.—El artículo 7.º de la Ley de 1909—sustituído en su totalidad por otro nuevo, que ordena que la primera inscripción de los inmuebles sea de dominio—disponía que cuando en un acto o contrato se reservasen de-

rechos reales a favor de alguna persona que no hubiere sido parte en aquéllos, se hiciese una de estas dos cosas : si el acto o contrato eran inscribibles en el Registro, el Registrador haría en la inscripción expresa mención del derecho real reservado y de las personas a cuyo favor se hubiere hecho la reserva ; y si el acto o contrato no eran inscribibles, el Notario autorizante del título o la Autoridad expedidora deberían exigir la inscripción del referido derecho real, siempre que del título mismo o de las diligencias que se hubiesen tenido a la vista para su expedición, resultare el interés de las personas a cuyo favor se hubiese reservado tal derecho. Y para efectividad de este precepto legal, el artículo 54 del Reglamento hipotecario regulaba el procedimiento a que debían sujetarse Notarios, Autoridades o funcionarios y Registradores, a fin de conseguir esta inscripción, que era quizá la única forzosa u obligatoria de nuestro sistema.

Esta singular norma, que imponía una inscripción sin consentimiento y aun sin conocimiento del titular, pugnaba abiertamente con los principios de rogación y de voluntariedad inspiradores de nuestra Ley ; y, aunque defendida por La Serna, Lezón y Beraud, entre otros tratadistas, que la consideraban plausible y lógica para evitar perjuicios a tercero, parece más acertada la posición de Roca Sastre, que la califica de «oficiosidad desorbitada», desprendida de un sistema registral distinto, de inscripción forzosa coactiva.

Lo cierto es que se trataba de *letra muerta* de la Ley, si no en cuanto a la mención expresa que los Registradores habían de consignar al inscribir los títulos en que el derecho se reservase, sí en cuanto a la inscripción forzosa gestionada *ex officio* por Notarios, Autoridades o funcionarios. Difícil será encontrar un caso real de aplicación de esta parte del precepto. Y si, como se ha de ver en seguida, las menciones de derechos reales susceptibles de inscripción también se suprimen en la reforma, sólo aplauso merece la desaparición de un texto caído en desuso antes de ser usado.

No creo suscitar problemas prácticos la supresión del artículo 7.º, como no los planteó su aplicación. Si en un título sujeto a inscripción se contiene reserva de un derecho real a favor de tercera persona y referente a la misma finca, y este derecho reservado es susceptible de inscripción especial y separada, no deberá el Registrador mencionarle en el asiento que practique ; si el derecho reservado no

es susceptible de inscripción especial y separada (lo que parece muy difícil, casi imposible, siendo de naturaleza real), no habrá obstáculo legal en que se mencione, aunque no se sepa a ciencia cierta, cuál será el valor de esta mención, ni qué efectos podrá producir, toda vez que también se ha suprimido el artículo 29 que los regulaba.

B) *Entidad registral anómala, integrada por derechos reales que graven dos o más fincas.*—La reforma hipotecaria de 1909 introdujo una insólita excepción al principio de especialidad y determinación y al de registro por fincas al autorizar, en los párrafos finales del artículo 8.º, que los treudos, servidumbres, censos y demás derechos de naturaleza real, con excepción del de hipoteca, cuando gravasen dos o más fincas, pudiesen inscribirse en hoja especial y bajo un solo número, haciéndose expresa mención de las fincas gravadas, aunque éstas no se hallaren especial y separadamente inscritas. En la reforma actual se suprime esta anomalía, que, aparte de crear una nueva entidad registral distinta a la finca, pieza maestra del sistema, o sea una entidad sin soporte objetivo directo, incurría en la incongruencia de admitir la inscripción de derechos reales aun sin estarlo los inmuebles sobre que recaían.

En nuestro sistema, la finca es la entidad registral independiente, señalada con un número determinado, que sirve de soporte objetivo a las relaciones jurídicas inscribibles; y esta entidad se halla normalmente constituida por superficies de tierra, con o sin construcciones, matemáticamente deslindadas o, por lo menos, suficientemente determinadas. La finca extraña, ficticia, inexistente física y catastralmente, constituida por la unidad de derechos reales que innovó la Ley de 1909, desencajaba, evidentemente, del sistema, pues, si se generalizase su tendencia, amenazaría en convertir el sistema de inscripción por fincas en el desechado de inscripción por propietarios (folio colectivo), y no tenía una justificación de necesidad, como la tiene, por ejemplo, la entidad inscribible constituida por las concesiones administrativas. Los legisladores de 1909 dieron carácter de legalidad a la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros (Resoluciones, entre otras, de 7 de marzo de 1896 y 19 de mayo de 1908) y a la R. O. de 9 de octubre de 1893 relativa a la posible inscripción del dominio directo o del útil, como primera partida del historial de cada finca.

Mereció el precepto acres censuras a los tratadistas, si bien es justo reconocer que en la práctica careció de trascendencia la innovación, pues han sido muy raros los casos de inscripción de estas entidades registrales abstractas, por lo que hoy, cada vez más en desuso los negocios jurídicos de censos, treudos, foros, etc., ha de ser favorablemente acogida la supresión absoluta de tal desviación de una de las bases cardinales de nuestro sistema, con lo que, según afirma el preámbulo, se consolida el principio de especialidad.

En cuanto a las inscripciones, pocas o muchas, que puedan existir actualmente al amparo de los textos suprimidos, claro es que subsistirán con plenitud de efectos y podrán seguir siendo transmitidas, hasta que se cancelen, en la forma ordinaria, ya que la nueva ley no ordena su «desintegración» o inscripción especial y separada de cada una de las fincas afectadas por el derecho real inscrito.

C) *Inscripción de fideicomisos*.—El artículo 14 de la Ley de 1909, modificando el correlativo de la primitiva, ordenaba que la inscripción de los fideicomisos se verificase a nombre de los fideicomisarios; pero lo tajante de este precepto, que obedecía a lo dispuesto en los artículos 783 y 785 del Código civil, se moderaba por el artículo 72 del Reglamento, que, satisfaciendo exigencias de la legislación foral, autorizaba la inscripción a nombre de los fiduciarios en los casos en que las leyes o los fueros lo permitieran, cuando no fuere conocido el fideicomisario. Y la jurisprudencia de la Dirección llegó a admitir en el fiduciario la facultad de cancelar por sí solo una hipoteca del fideicomiso (Resolución de 12 de marzo de 1903).

La reforma actual suprime en absoluto dicho precepto, que es sustituido por la regulación de títulos hereditarios. En rigor, el precepto del artículo 14 era de rango más reglamentario que legal. La inscripción de derechos sólo debe practicarse a favor de sus legítimos titulares; y lo cierto, como dice Morell, es que en el caso de las sustituciones fideicomisarias los derechos de fiduciario y fideicomisario guardan analogía con los de usufructo y nuda propiedad, o sea que, como el fiduciario tiene derecho de disfrutar los bienes durante su vida o hasta llegar el tiempo o la condición, su derecho, aunque sea limitado o resoluble, también es inscribible. Por tal razón es plausible la supresión del artículo 14, a base de que en el Reglamento se regule esta materia con arreglo a la verdadera doc-

trina : que se pueda inscribir a favor de cada titular su respectivo derecho.

D) *Inscripciones de incapacidad*.—Decía el artículo 15 de la Ley de 1909 que las inscripciones de las ejecutorias por las que se modifique la capacidad civil de las personas y las anotaciones preventivas de las demandas a que se refiere el número 5.º del artículo 42 expresarán claramente la especie de incapacidad que de dichas ejecutorias o demandas resulte ; precepto desenvuelto por el 73 del Reglamento, que especifica las circunstancias de dicha clase de inscripciones.

En la reforma desaparece el texto anterior íntegramente, pues el nuevo artículo 15 se consagra a regular los derechos de los legítimos de parte alícuota. Y, en realidad, el antiguo artículo 15 era innecesario en el texto legal, por implicar su contenido una redundancia superflua, ya que todo asiento registral, conforme a las normas generales reguladoras de sus circunstancias y requisitos, ha de expresar con la claridad necesaria la especie de derecho a que se refiere, y si es limitativo de la capacidad civil de los titulares, la especie de incapacidad a que se contraiga. Era un texto esencialmente reglamentario, y su desaparición del ordenamiento legal no da lugar a problemas, ni es presumible tenga consecuencias prácticas.

E) *Fuerza de los títulos no inscritos frente a tercero*.—Disponía el párrafo primero del artículo 23 de la Ley de 1909 que «los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estuvieran inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero». La reforma suprime este precepto básico en el sistema, al sustituir totalmente la letra de dicho artículo 23 por la norma prohibitiva de la inscripción de posesión y no consignarlo en ningún otro.

¿Qué alcance debe darse a esta destacada supresión ? Para concretarlo es conveniente examinar antes el del texto suprimido.

El que «lo no inscrito no perjudique a tercero» determina, a juicio de Morell y de Roca Sastre, el verdadero alcance de la fe pública registral en la Ley Hipotecaria, lo que explica que el ministro Fernández Negrete, al presentar al Congreso la Ley de 1861, dijese que en ese artículo se condensaba toda la Ley. Siendo nuestro sistema principalmente de efecto negativo, puesto que los efectos positivos se admiten tasadamente y con limitaciones, es evidente que ese artículo, exponente sintético del postulado de que lo que no está en

el Registro no está en la realidad, al menos para terceros—ya que las partes se rigen por la ley civil y sus relaciones no se modifican por la inscripción—, era de la mayor trascendencia sistemática.

Los títulos que, siendo inscribibles, no se inscriben no pueden perjudicar a tercero ; pero, entiéndase bien, al tercero que inscribe, pues según tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 28 de noviembre de 1900, 1.º de junio de 1901, 13 de junio de 1902 y 17 de enero de 1903), «los títulos no inscritos en el Registro de la Propiedad pueden y deben ser estimados cuando las personas a quienes perjudiquen no ostenten frente a ellos otros inscritos, pues la Ley Hipotecaria sólo garantiza a los que contratan bajo la garantía del Registro». Sanción a la negligencia de no inscribir lo inscribible, dicho texto daba una versión conceptual del tercero diferente a la definición contenida en el artículo 27 ; pues el tercero a que se refería, inmune al perjuicio dimanante de títulos no inscritos, tenía que ser por fuerza un titular inscrito y, por tanto, no podía ser quien no hubiere intervenido en el acto o contrato inscrito. Si *A* vendía una finca a *B*, y éste inscribía su dominio como libre de cargas, y después resultaba que con anterioridad *A* la había hipotecado a favor de *C*, el título de hipoteca de éste, no inscrito, no podía perjudicar a *B*, titular inscrito. Esto equivale a la aplicación más elemental y pura de la mecánica efectiva del Registro.

¿ Significa la supresión del artículo 23 que ha cambiado el pensamiento del legislador y que desaparece de nuestra legislación tan eficaz, aunque negativa, defensa del título inscrito ? ¿ Quiere decir que los títulos no inscritos podrán en lo sucesivo perjudicar a tercero, o sea, al titular inscrito ? Si así fuese, la reforma habría echado por tierra, de modo solapado, todo el sistema, y, volviendo al revés la frase de Fernández Negrete, podría decirse que la supresión de un solo artículo equivalía a la destrucción de toda la Ley.

Pero, por fortuna, no sucede ni puede suceder así. En primer lugar, porque del contexto general de la reforma, puesto de relieve en el preámbulo, y de lo que queda vigente de la Ley anterior, se deduce implícitamente esta norma general : lo no inscrito nunca puede perjudicar a lo inscrito, salvo los casos de excepción que la propia Ley determina ; y en segundo lugar, porque no hay que olvidar que el artículo 606 del Código civil, con más perfección que el suprimido

23 de la Ley Hipotecaria, dice que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero ; y este texto continúa vigente en la actualidad.

Queda, pues, subsistente el indicado principio negativo, fundamental de nuestro sistema, y aunque no merezca censura su supresión, si obedece a evitar repeticiones y no a un prurito de conservar sin alteración la numeración del articulado, no estará de más recordar que, aunque lo contenga el Código civil, ese principio siempre ha de tener su lugar adecuado y preferente en el texto de una ley inmobiliaria.

F) *Efectos de la inscripción contra acreedores singularmente privilegiados y fecha de la efectividad de los títulos inscritos.*—El artículo 25 de la Ley de 1909 disponía en su párrafo primero que los títulos inscritos surtirían sus efectos aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común ; y en su párrafo segundo que los títulos inscritos surtirían su efecto, en cuanto a tercero, desde la fecha de la inscripción.

La reforma suprime también este artículo, sustituyéndolo por otro nuevo, que coloca bajo la salvaguardia de los Tribunales a los asientos del Registro, los cuales producirán sus efectos legales, mientras no se declare su inexactitud.

El párrafo primero del artículo 25 era, en realidad, un corolario del artículo 23, pues si los títulos no inscritos no perjudican a tercero, lógico es que los inscritos surtan su efecto contra todo tercero, aunque sean los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común. Es decir : la inscripción produce sus efectos—o sea, sus inmunidades, sus defensas, sus protecciones—frente a los títulos no inscritos, defendidos solamente por la legislación civil, aunque lo sean de modo privilegiado. Los acreedores singularmente privilegiados de la legislación común (por gastos de funerales o de última enfermedad del deudor, por trabajo personal, por alimentos, etc.) son preferidos a otros ; pero el Código civil, al regular la preferencia de créditos, respeta los principios inmobiliarios y no concede privilegio alguno a tales acreedores sobre determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor (artículo 1.923), si bien deja a salvo sus derechos preferentes, sólo en relación a los inmuebles

o derechos reales del deudor que no se hallen determinadamente afectos a otros créditos (artículo 1.927).

En verdad que, al producir la inscripción sus efectos legales, éstos afectan por igual a todos los terceros no inscritos, y no cabe distinguir, dentro del Registro, entre unos más y otros menos privilegiados. Salvo los créditos por contribución territorial del Estado que, sin estar inscritos, tienen el singular privilegio de hacerse efectivos con ciertas limitaciones, aun en perjuicio de tercero inscrito, los demás acreedores, si su derecho no consta en el Registro, no tienen preferencia alguna sobre los derechos inscritos y, por tanto, han de sufrir el perjuicio que la inscripción, con sus efectividad, les produzca, dígallo o no lo diga de modo expreso la Ley Hipotecaria, con arreglo a los principios generales del sistema, y, por si no fuese bastante, porque lo establece del mismo modo la ley civil al regular la prelación de créditos.

El segundo párrafo del artículo 25, al fijar la fecha desde la cual los títulos inscritos surten sus efectos en cuanto a tercero, había de entenderse subordinado al artículo 26, hoy subsistente, a cuyo tenor lo que determina la preferencia de fechas es la hora de presentación en el Registro de los títulos respectivos, y al artículo 28, también mantenido por la reforma, que considera como fecha de la inscripción, para todos los efectos que ésta deba producir, la del asiento de presentación.

En rigor, el párrafo primero del artículo 23, el segundo del 25 y los 26 y 28 formaban un cuerpo de doctrina, complementándose mutuamente. La supresión del párrafo segundo del artículo 25 no es grave, porque su contenido va implícito en los dos que quedan subsistentes; pero hubiera sido preferible, a mi juicio, conservarle, trasladándole a la cabeza del artículo 28.

G) *Concepto del tercero*.—La Ley anterior, en su tan conocido artículo 27, consideraba, para los efectos legales, como tercero a aquel que no hubiere intervenido en el acto o contrato inscrito.

La reforma suprime esta definición (pues el artículo 27 lo consagra a regular las prohibiciones de enajenar), pero mantiene el concepto, aunque, como dice el preámbulo, pudiera haber sustituido la denominación, porque no puede desconocerse que todos los regímenes hipotecarios de tipo intermedio se han visto precisados a regular esta figura jurídica, precisamente al fijar el ámbito del prin-

cipio de publicidad. Es una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas que el legislador no puede preterir. Por ello, la reforma precisa mejor el concepto, sin definirlo, en el artículo 34, calificando de tercero al causahabiente por vía onerosa y con buena fe de un titular registral.

Digna de encomio es la supresión de la definición de tercero en el texto legal. En primer término, no suele ser de buena técnica legislativa consignar definiciones, misión propiamente didáctica o científica, aunque tampoco la reforma deja de incurrir en el mismo defecto, ya que define en el nuevo artículo 32, un tanto ingenuamente, la inexactitud del Registro. Y en segundo lugar, la desafortunada definición del anterior artículo 27, en contradicción con el concepto de tercero registral contenido en otros artículos, había motivado una «exagerada exégesis»—según frase del preámbulo—y dado lugar a que cada tratadista formulase, a su vez, otra nueva definición, de cuya obsesión no se han librado ni los más modernos, lo que evidencia que la definición legal, por ninguno aceptada, no era satisfactoria.

Dejando a un lado la copiosísima controversia doctrinal sobre esta ardua materia del concepto de tercero, que por sí sola sería suficiente para llenar varios tomos, y prescindiendo de notorias exageraciones, que llegaban a declarar inexistente el concepto, lo cierto es que la técnica moderna había llegado a estas conclusiones : a) Es imposible, y además inútil, el intento de definir el tercero, porque en nuestro sistema positivo no responde a un concepto unitario ; b) La noción de tercero es indispensable, pero no tan esencial que sólo su presencia ponga en marcha el mecanismo de las protecciones registrales ; c) El concepto de tercero se halla subordinado, en cada caso, a la efectividad de alguno de los principios del sistema inmobiliario, y por ser un concepto relativo y aun reversible, para precisarlo hay que atender a las circunstancias del negocio jurídico que lo pone en juego ; d) El considerado por antonomasia como tercero *hipotecario* (no definido en el artículo 27) no es sino el *titular registral* en cuyo favor actúan en mayor o menor grado las defensas del sistema, por lo que sería posible llegar a la supresión del vocablo, aunque no del concepto, de lo que daba ejemplo el antiguo artículo 34 ; es, en suma, el titular registral beneficiado o perjudicado, en relación con actos jurídicos ajenos, por la aplicación de los principios y efectos propios del sistema inmobiliario ; e) Siempre ha de

quedar en pie la noción de tercero como extraño a una relación jurídica en lo que no ha intervenido ni conoce (*penitus extraneus*), defendido por el clásico *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*, y que equivale, en los derechos reales, al sujeto pasivo indeterminado que puede llegar a destacarse de la masa general en virtud de negocio jurídico que le comunique un interés sobre el derecho inscrito de que se trate.

Y si esto es así, parece innegable que la reforma ha sabido recoger tales enseñanzas, puesto que prescinde, a los efectos de la *fides publica*, de este último tercero, que no tiene acusado valor registral; suprime la definición, precisa el valor conceptual en el nuevo artículo 34, complementándolo con el requisito de la buena fe, y no suprime la denominación por su tradicional arraigo en nuestro Derecho.

En el orden práctico no es presumible consecuencia alguna derivada de esta supresión de un concepto enrevesado; en cambio, en el doctrinal evitará, de seguro, infinitos quebraderos de cabeza a quienes inician los estudios de estas disciplinas y tropiezan con un concepto, definido por cada autor a su gusto, y por la Ley, a gusto de ninguno.

H) *Mención de derechos*.—Sabido es que, con arreglo al artículo 29 de la Ley de 1909, la mención expresa, en inscripciones o anotaciones, del dominio o cualquier otro derecho real surtía efecto contra tercero desde la fecha de presentación del título respectivo. Guardaba íntima relación este precepto con el párrafo final del artículo 7.º, a cuyo tenor, según se dijo antes, debía hacerse en las inscripciones expresa mención de los derechos reservados en el título que se inscribe a favor de personas que no hubieren sido parte en él.

La reforma, en el nuevo artículo 29, declara que la fe pública registral no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial; y en la primera de las disposiciones transitorias ordena la caducidad de las menciones que, al entrar en vigor la Ley, tengan más de quince años de fecha, las cuales serán canceladas de oficio o a instancia de parte, y concede un plazo de dos años para las que tengan menos de quince de antigüedad, dentro del que podrán ser inscritas o anotadas, sin cuyo requisito caducarán una vez transcurrido el expresado plazo y no surtirán

efecto alguno, pudiendo ser canceladas de oficio o a instancia de parte.

Como se ve, la oscura teoría de la mención registral pasa a la Historia (1). En verdad que esa teoría era, en nuestro sistema, incompleta y deficiente. Su admisión representaba una primacía del principio de publicidad sobre el principio de inscripción. De prevalecer éste, no podrían surtir efecto contra tercero sino las relaciones jurídicas inscritas; lo no inscrito carecería de realidad, registralmente, y no cabría admitir zonas intermedias entre la inscripción y la no inscripción, que eso era y no otra cosa lo que la mención representaba en nuestro sistema: una solución ecléctica en virtud de la cual se concedía efectos registrales, aunque limitados, a relaciones jurídicas no inscritas que habían tenido acceso al Registro con ocasión de la inscripción de otro derecho y que se beneficiaban, por ello, del principio de publicidad. La absorbente fuerza, en nuestro sistema, de este principio servía de fundamento a la efectividad concedida a la mención, puesto que constando en el Registro, aunque imperfectamente, la existencia de una relación jurídica referente a una finca o derecho real determinado, quienes realizasen negocios jurídicos a éstos relativos no podían alegar desconocimiento de aquella relación que el propio Registro les había manifestado y notificado, y, en virtud del principio de buena fe, no podían sustraerse a sus efectos.

Mas aun respaldada por ambos principios, publicidad y buena fe, la eficacia concedida a las menciones por la Ley anterior resultaba peligrosa y desencajada del sistema general, en el que abría una puerta falsa, por donde solían penetrar derechos deficientes y aun de simple obligación, dando lugar a la inseguridad e incertidumbre de las relaciones jurídicas, que son justamente los inconvenientes que todo régimen inmobiliario se propone desterrar.

Complicado y difícil era también precisar la efectividad de la mención. Si repasamos mentalmente el amplio cuadro de los efectos de la inscripción, de las inmunidades que otorga, al instante se comprueba que no eran en su casi totalidad aplicables a la mención. Descartando, desde luego, los efectos sustantivos implantados por la reforma de 1909, que tienen virtualidad incluso «inter

(1) Esto no es cierto de modo absoluto, puesto que la nueva Ley establece y regula ampliamente una nueva mención: la de ciertos derechos legitimarios. Véase el nuevo artículo 15.

partes», y que es forzoso descartar por referirse la efectividad de la mención, según la propia ley, sólo al «perjuicio de tercero», deberíamos después eliminar del ámbito de la mención la mayoría de los efectos que, aunque negativos, confieren a la inscripción una protección especial contra las acciones de terceras personas. En efecto: la mención no legitimaba el derecho mencionado, en ningún caso lo hacía irrevocable, no inmunizaba a su titular contra acciones de rescisión, resolución o nulidad, no le confería titularidad registral ni facultad dispositiva con efectos registrales, ni autorizaba siquiera para que los derechos mencionados pudieran esgrimirse ante Juzgados, Tribunales u oficinas en perjuicio de tercero, si el título constitutivo no se hallaba inscrito en el Registro, aunque el Tribunal Supremo en alguna sentencia lo entendió de otro modo. Ni el artículo 20, que no autorizaba el tracto sucesivo de menciones, ni el 24, ni el 34, ni el 36, ni el 41, eran aplicables a la mención.

¿Qué efectividad, pues, reservaba a ésta la Ley anterior? No quedaba otra sino la puramente defensiva y negativa de que los terceros tuvieran que respetar el derecho mencionado, como indeclinable consecuencia del principio de publicidad, porque la mención lo publicaba registralmente, aunque en forma embrionaria. Así lo estableció la jurisprudencia de la Dirección al declarar que, mientras la mención subsistiese no podía inscribirse en el Registro ningún título por el que se extinguiese o redujese el derecho mencionado, si no expresaba su consentimiento el titular de la mención (Resoluciones de 28 junio 1896, 10 junio 1910 y 22 octubre 1920); doctrina reiterada recientemente por la de 22 de febrero de 1941, según la cual «el principio de que las menciones favorecen a los terceros—que son a modo de titulares de un derecho en cosa ajena—trae como consecuencia que los derechos mencionados no puedan extinguirse sin el consentimiento de las personas favorecidas, prestado voluntaria o forzosamente, mediante los documentos y formalidades exigidos para las cancelaciones».

Todo ello hizo profetizar a Díaz Moreno, que con tanta claridad y elegancia divulgó la ciencia hipotecaria de su tiempo, que la doctrina de la mención, como la poesía épica, estaba llamada a desaparecer. Y es que la mención desentonaba en un sistema de técnica depurada, como forma híbrida, andrógina, intermedia entre el

ser y el no ser. La publicidad actuaba incompletamente en la mención, ya que las indicaciones de ésta eran insuficientes y no daban a conocer con exactitud la naturaleza, extensión, condiciones y cargas del derecho mencionado; la legalidad tampoco podía funcionar normalmente, porque el Registrador carecía casi siempre de elementos de juicio para ejercer la facultad calificadora respecto a las menciones; e incluso la existencia misma del derecho objeto de la mención era en muchos casos problemática, por lo que entrañaba graves dificultades favorecerla con las presunciones ordinarias del sistema. La mención, pues, podía desaparecer de nuestro sistema, sin quebranto alguno de sus presupuestos materiales y formales.

Sin embargo, Roca Sastre, disintiendo del parecer de la mayoría de los tratadistas, entiende que la existencia de la mención en nuestro sistema es una rigurosa consecuencia del régimen adoptado, de modo que para poder eliminarla sería preciso un cambio bastante fundamental del régimen hipotecario vigente, suprimiendo el sistema de inscripción o extracto del título inscribible y adoptando en su lugar el de amplio encasillado; y, sobre todo, se necesitaría un deslinde enérgico en los títulos inscribibles entre lo obligacional y lo dispositivo, acudiendo éste al Registro de un modo más simple y nítido que actualmente. No haciéndolo así, concluye el ilustre autor citado, hay que mantener las menciones, sin perjuicio de aplicarlas un régimen de caducidad; otra reforma parcial sería inoportuna y perturbadora.

La reforma, sin embargo, se inspira, según dice su preámbulo, en que ninguna razón abona que continúen mencionándose en el Registro los derechos susceptibles de inscripción separada y especial, pues su consignación en el mismo dificulta el comercio inmobiliario y el crédito territorial. No se concibe cómo nuestro Derecho, tan escrupuloso en la calificación e ingreso de los derechos inscribibles, permite que puedan adquirir naturaleza de verdaderos rangos hipotecarios derechos inciertos, de eficacia dudosa y muchas veces de no fácil identificación. Los titulares de derechos que pueden ser objeto de inscripción especial y separada deban cuidar directamente de su ingreso en el Registro, sin que su negligencia merezca especial protección.

Ha de calificarse de acertado el criterio de la reforma que, con-

virtiendo en realidad el vaticinio de Díaz Moreno, ha suprimido la mención de los derechos inscribibles, sin necesidad de implantar, como Roca Sastre preconizaba, el sistema de inscripción en libros encasillados—tan poco aconsejables por multitud de razones.

No es de presumir se planteen problemas prácticos por la supresión de la mención, salvo el de desterrar la rutina imperante en muchas oficinas de transcribir todas las cláusulas de los títulos, incluso algunas de simple alcance obligacional, lo que daba lugar a una fértil proliferación de menciones. La caducidad de ésta se regula con acierto. La de las que pasen de quince años años es automática, en cuanto la ley entre en vigor ; las más modernas tienen un plazo de dos años para llegar a la inscripción, y si no, caducan de igual modo. La cancelación se hará de oficio o a instancia de parte (1). Creo que la cancelación de oficio sólo deberá hacerse cuando haya de expedirse certificación de cargas, a fin de no incluir las menciones caducadas por imperio de la ley ; en los demás casos, será preferible esperar a la solicitud del interesado.

En cuanto la ley esté en vigor, los Registradores deberán consignar todas las circunstancias o modalidades de la relación jurídica que se inscriba—aunque el artículo 61 del Reglamento emplea la palabra «mencionar», no lo hace en el sentido específico de la mención, sino en el genérico de expresión o consignación. Deberá silenciar todo lo que sea estrictamente de carácter personal. Y en cuanto a lo que tenga trascendencia real, harán una distinción : los derechos que sean susceptibles de inscripción especial y separada, aunque se mencionen en los títulos no deben mencionarse en la inscripción, puesto que la fe pública registral no se extiende a ellos ; podrán seguir mencionando los derechos de trascendencia real, susceptibles de modificar la relación jurídica inscrita, aunque no de inscripción especial y separada, si bien es muy difícil determinar prácticamente cuáles pueden ser estos derechos, porque si son efectivamente reales, siempre podrán ser objeto de inscripción especial y separada.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad.

(1) Es de observar en este punto una contradicción en que incurre la reforma, pues en el nuevo artículo 99 dispone que las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada deberán ser canceladas por el Registrador a instancia de parte interesada.

La irretroactividad de la Ley

DERECHO ROMANO TRANSITORIO

I

R E G L A

El principio de la sola aplicación futura de la ley, llamado vulgarmente de irretroactividad, aparece en el Código de Justiniano, constitución 7. C. I. 14 “Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit”, siendo conocida esta Constitución de Teodosio II y Valentiniano III, del año 440, con el nombre de regla Teodosiana, por haber sido ya expuesto su principio por Teodosio I en constitución del año 393 (1), que decía: “omnia constituta non praeteritis calumnian faciunt, sed futuris regulam ponunt”.

Dicha regla expone, en primer lugar, el principio de que las leyes nuevas se aplican a los actos jurídicos “negotiis” posteriores, no a los actos pasados, y este principio, ya admitido antes como hemos dicho, no se cree que precise justificación, ni declaración aclaratoria alguna, porque se considera evidente y admitido por todos “certum est”. Se exceptúan, sin embargo, aquellas leyes que expresamente “nominatim” (2) dispusieran su aplicación retroactiva al pasado y aquellos efectos, de los actos anteriores, aun pendientes. Conocidos son de los tratadistas de la llamada teoría de los derechos adquiridos, sus esfuerzos para fijar el concepto de lo pasado y de lo pendiente jurídicamente.

El principio general pasó a ser expreso en un caso especial. Por una

(1) Código Teodosiano. 3. C. II. 1.

(2) Según Philippi—in usum practicum de iure nat. gent. civ. ecles. 10— significa expreso y especial.

constitución del emperador Atanasio, 66 § 1. C de decurionibus et filiis eorum. X. 32, del año 497 a 499 y para suprimir la retroacción de la Constitución 64. ed. tit, del emperador Zenón, se declara "cum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare" y de ella pasó al Codex, ya generalizada por Teodosio I, como se ha dicho.

El principio en el Código justiniano, se cree evidente y admitido por todos "certum est"; por ello dice Savigny, en su Sistema de derecho romano actual, que su autor "no pretende dictar una disposición nueva que reemplazase a otra anterior contraria; quiere, únicamente, expresar lo que resulta necesariamente de la naturaleza y el objeto de la legislación".

Admitido el principio reformador, como vimos (1), y la expresión por el pueblo del nuevo derecho, con igual fuerza, ya lo haga expresa, ya tácitamente "eadem vis in est tacitis atque expreis", la consecuencia necesaria era el respeto a los derechos anteriores al estado actual que aun fuesen derecho para la nueva ley; de aquí que el tener sólo efecto para el futuro, tan evidente ya en la esfera penal, pasa a serlo en la civil "certum est".

¿Por qué, sin embargo, no hay texto legal anterior a las constituciones dichas que nos sea conocido? ¿Cómo decimos, por otra parte, que no le hay, a pesar de ser conocido, que se discutió por Scaevola, Bruto y Manilio, la aplicación de la ley Atinia a hechos anteriores a ella, dados sus términos "Quod subruptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto"? ¿Quizá no se estudió este caso, porque de su no aplicación al pasado no dudaban ni Q. M. Scaevola ni Cicerón, que, en su acusación contra Verres, la incluyó entre las no retroactivas? Según Savigny, el no tener textos más antiguos, a pesar de las investigaciones de Godofredo, Vinnio y otros, se debe a circunstancias puramente accidentales. Según Lassalle, porque no se ha sabido verla en las Pandectas, porque, aunque no en una declaración general, dado el prudente temor de los juristas romanos a éstas, se encuentran allí pruebas evidentes de que los juristas aplicaban al cambio legal igual principio que al caso de cambio en la situación de hecho, y, referente a este último caso, hay disposiciones que prueban la admisión y reconocimiento del principio (2).

(1) Ver mi trabajo sobre «La irretroactividad de las leyes y el Derecho antiguo» en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 190, marzo 1944, pág. 160.

(2) F. Lassalle: *Theorie systematique des droits acquis*, págs. 300 y sigs. París, 2 vol. 1904.

Affolter, sin atreverse a resolver con plena seguridad (1) sobre si la falta de declaración expresa en la época del derecho romano clásico en contraste con el imperial, es debida a no ocuparse de tal materia los juristas o a creer superflua la declaración o a no haber tenido ocasión adecuada para hacerla, o preferir, de acuerdo con el espíritu romano, la resolución concreta de cada caso, más que declaraciones de principios, dice por todo ello, que no es extraño que los juristas que se han ocupado de investigar en tal desierto y veladura, hayan perdido la cabeza (2).

Las Pandectas, a primera vista, no contienen decisión alguna referente a lo que debe ocurrir por una modificación legal (al menos, así lo han creído los tratadistas y de ello se han quejado amargamente), pero Lassalle cree poder probar que el reconocimiento en ellas del principio puede ser evidenciado, porque dice: "Es chocante que ninguno de los autores que se han ocupado de tal materia haya tenido la idea de referirse al principio de las Pandectas de que el contrato queda caduco cuando se presenta un caso tal que, si el contrato no estuviese concluso, ya no pudiese serlo, y aplicar tal principio por analogía—es decir, teniendo en cuenta las diferencias posibles entre las modificaciones de hecho y las de derecho—a la acción ejercida sobre los contratos por las leyes nuevas."

Según Savigny, repetimos, no hay texto anterior a las constituciones dichas, porque el principio era generalmente admitido y evidente en materia penal, y en general en Derecho público (3). Ya Cicerón, en su segundo discurso contra Verres sobre la aplicación de la ley Voconia al testamento de P. Annio, dado que aquél, como pretor *urbanus*, la había dado efecto retroactivo—aun en testamentos hechos antes de dicha ley y muerto también el testador antes de la ley nueva—con las palabras "fecit fecerit", añadida por él la primera en su edicto anual. "Praetoris edictum legen anuam dicunt esse", exclama: "... In lege Voconia non est: fecit, fecerit: neque in ulla (4) praeteritum tempus reprehenditur, nisi in ejus rei quae sua sponte scelerata ac nefaria

(1) *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, págs. 64 y sigs. Leipzig, 1902. «Mit vollkommener Sicherheit lassen sich alle diese Fragen mangels Quellenstoffes nicht beantworten.»

(2) Ob. cit., págs. 66 y sigs. «Es ist nicht zu verwundern wenn die späteren Romanisten welche diesen Justinianischen ~~Wust~~ bearbeiten, den Kopf verloren.»

(3) No es cierto que se admitiese en absoluto en el Derecho público, siendo conocida la lucha de Cicerón contra Clodio, que se hizo primero abrogar y luego emancipar por el plebeyo Fonteio para estar en condiciones de ser tribuno de la plebe.

(4) Se refería a las leyes Atinia, Furia, Fusia y Voconia.

est, ut etiam si lex non esset, magnus opera vitanda fuerit" (1), y salvo este caso último, de justificada excepción por la gravedad del delito, en que revivía el carácter sagrado de la ley, siempre era reproachable la aplicación retroactiva del edicto al año anterior, debiendo considerarse el acto como nefario.

Según Affolter (2), se aplicaban dos reglas principales y opuestas, sin que ninguna lograra la primacía exclusiva (3). Una, la más antigua, negando efecto al cambio de hecho en las circunstancias del contrato por el carácter férreo y concreto del hecho y la forma, para el Derecho civil antiguo; la otra, más moderna y progresiva, representada principalmente por Marciano y Marcelo, admitiéndola, y sistematiza el Derecho intertemporal en ocho reglas, cuatro con referencia a cambios de hecho y cuatro a los del derecho. De ellas, cuatro se refieren al Derecho privado de la época clásica y republicana (4), y estudia después las que las sucedieron en la época imperial, siendo el mérito principal de todas su objetividad (5).

Según Lassalle, como dijimos, la falta de la regla general es debida a que los juristas romanos, maestros expertos en la lógica formal del Derecho, y cuya incomparable virtuosidad es para siempre inaccesible (6 y 7), habían conocido el principio y lo habían aplicado al caso de alteración en la situación de hecho, distinguiendo bien el tiempo de iniciación del contrato "ad initium spectandum" del tiempo de celebración "tempus quo contrahimus" y separando en uno u otro el que la alteración que impidiese el cumplimiento fuese de hecho o material o fuese una alteración legal (Marcelo, 98 de v. o. XLV, 1; Paulo, 144,

(1) Obras de Cicerón, trad. Díaz Tendero, t. I, pág. 318. En el § 107 dice Cicerón: «Fecit fecerit? Quis umquam eius rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum reprehendi neque ante edictum providere potuit.» Cicerón mantiene expresamente el principio de no aplicación de la ley a hechos anteriores en su defensa de Rabirio Postumo.

(2) Ob. cit., págs. 31 y sigs., 49 y 75.

(3) «Im römischen Rechte keine von beiden genannten Regelpaaren die Alleinherrschaft errang.»

(4) Ob. cit., pág. 53. «Von diesen acht verschiedenen Rechtsregeln, die wir aus einer eingehenden Untersuchung des republikanischen und klassischen Rechtes gewonnen haben, gehören nur die letzten vier dem intertemporalen Privatrechts an.»

(5) Ob. cit., págs. 73 y sigs., 175 y 323.

(6) Ob. cit., pág. 316.

(7) Con razón los romanos consideraban el Derecho como su vocación nacional—Valerio Máximo. VI. 6. «Iustitiae proecipuum et certissimum exemplum inter omnes gentes nostra civitas», en el cual, según Ihering, llegaron a la verdad absoluta. Ihering: *El espíritu del Derecho romano*, t. II, pág. 323, y t. IV, pág. 347.

§ 1 de reg. iur., L, 17, y 140, § 2, de v. o. XLV, y Ulpiano, 15 ad L. Aquil, IX, 2). La alteración de hecho, la pérdida de la cosa, el cambio físico, no afecta al contrato, que sigue subsistente (1); pero si es el derecho el que se pierde, si no es que un contenido material se ha alterado o ha desaparecido, sino un contenido jurídico el que no puede ser ya objeto del contrato, éste queda sin efecto, sin que haya derecho ni a indemnización (2), por lo que dice Affolter que operaban con hechos pasados, no con derechos adquiridos (3).

Encuentra una aplicación de este criterio, que cree Lassalle era el admitido por los juristas romanos, a la doctrina sobre los riesgos en la compraventa, explicando así la a su juicio aparente y tan conocida contradicción de las fuentes sobre dicha materia. Esta célebre contradicción, que ante la imposibilidad de resolverla llevó a un jurista de la talla de Cuyatio a afirmar que se trata simplemente de un error, y a Voet y Vangerow a suponer que el texto de Africano se refiere al caso de pérdida de la cosa antes de la venta, y para resolverla decimos, que Lassalle recurre al criterio o distinción de alteraciones dicho, o sea que unos textos se refieren a la pérdida de la cosa por alteraciones de hecho (Juliano, 5, § 2, "Des rescind vendit", XVIII, 5; Paulo, 21, "De hoeredit. vel. act. vend", XVIII, 4; Celso, 16, "De c. c. d. c. non s.", XII, 4; Inst, § 3, "De emp. et vend", III, 23, que es el texto más conocido "periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit...", y los, según él, aparentemente contradictorios a los casos de variaciones legales. (Paulo, 83, § 5, "De v. o.", XLV, 1 y 98, § 8, "De solut.", XLVI, 3, y Africano, 33, "Locatio cond.", XIX, 2.) (4).

Tal criterio, que responde al de Lassalle, de leyes que alteran la posibilidad de titulación y al de Savigny, de leyes prohibitivas, debía, según aquél, haber sido aplicado al caso de reformas legales, máxime habiéndolo aplicado Savigny con buen éxito en derecho hereditario (5).

(1) Lassalle: Ob. cit., pág. 308. Contra Paulo, 37 de v. o. XLV-1.

(2) Lassalle: Ob. cit., pág. 314.

(3) Affolter: Ob. cit., pág. 573: «Das römische intertemporale Privatrecht operiert mit facta præterita oder negotia præterita nicht mit iura quaesita.»

(4) Lassalle: Ob. cit., pág. 312.

(5) Lassalle: Ob. cit., pág. 304.

Sea o no cierto (1) que los juristas romanos demuestren en las Pandectas que tenían conciencia de los conceptos y de sus límites (2), desde luego es indudable que, desde los textos del Codex, desde el Teodosiano, si no en general, con ciertas limitaciones aparece el principio de la aplicación de las leyes sólo al futuro y según Savigny sin distinguir consecuencias pasadas y futuras, sólo hechos pasados y futuros.

La regla de Teodosio aparece en varias constituciones y leyes imperiales en función de derecho transitorio regulador de la aplicación de la ley nueva. Así en la Novela 22, cap. 1, "Illis enim cedentes et ita contrahentes nullus culpavit, quan non futurum sciverunt", en la 68, capítulo 1, §§ 4 y 5, en que se considera el caso de no ser siempre posible renovar el testamento en la nueva forma exigida, en el Codex Un, § 16, V, 13; Un 13, VII, 6; 29, VI, 23, y 18, VI, 20.

En las constituciones se excluían, por regla general (3), los asuntos terminados (*causæ finitæ*) o transigidos (*Transacta, finitavæ ea de re rata sunt*) que ya no podían considerarse pendientes. Cuáles son los asuntos conclusos, está especificado en las fuentes, Ulpiano, 1 § 12 D, XXXVIII, 17, "Quod aid Senatus: quæ iudicata, transacta, finitave sunt, rata maneant, ita intelligendum est, ut "iudicata", accipere debemus ab eo, cui iudicandi ius fuit, "transacta", scilicet bona fide, ut valeat transactio, "finita" vel consensu, vel longo silentio sopita"; Paulo, 229-230 D, L. 16: "Transacta finitave, intelligere debemus

(1) Roubier: *Les conflits de lois dans le temps*, págs. 52 y sigs. París. 2 vol. 1929-1933. Después de citar textos de la Iustitua y Digesto, resuelve que «de la lectura de esos textos resulta innegable una sola conclusión: la de que había habido una controversia entre los juristas romanos. Todo lo demás es conjetura», y añade, en la página 66, que no se encuentra en el Digesto ni unidad ni claridad.

(2) Affolter. Ob. cit., pág. 45. Después de unas citas de Marcelo y Paulo, resuelve que los juristas romanos, aunque no con conciencia plena (nicht mit vollen Bewusstsein), habían utilizado la distinción entre leyes en sentido formal y leyes en sentido material, pero que no habían resuelto la cuestión del cambio legal, limitándose a considerar la del cambio en la situación de hecho. Pág. 47.

(3) Savigny: *System...* Hay traducción española, de Mesía y Poley: *Sistema de Derecho romano actual* (6 vol.); el Derecho intertemporal en ésta, esta en t. VI, cap II: «Límites temporales de las reglas de Derecho sobre las relaciones jurídicas», págs. 331 y sigs.—«Cosa singular, el Derecho romano establece para los casos en que la ley recibe una extensión excepcional, una restricción que puede considerarse como una excepción de otra excepción. La retroactividad ordenada excepcionalmente (según su teoría) no tiene lugar si la relación de derecho a que podía aplicarse ha sido ya objeto de un juicio o de una transacción (*iudicatum vel transactum*). Esta limitación no está ciertamente expresada en ninguna parte, como principio permanente y general, pero está reproducida, coincidiendo en tantos textos del Derecho romano, que podemos indudablemente considerarla como una regla general reconocida por los romanos» (dass sie unzweifelhaft als eine von den Römern allgemein anerkannte Regel betrachtet werden muss). Págs. 410 y sigs.

non solum, quibus controversia fuit, sed etiam, quæ sine controversia sint possessa", "ut sunt iudicio terminata, transactione composita, longioris temporis silentio finita", y a ellos se refieren: 3 C. VII, 54; 17 C. IV, 21: "...nisi jam, super hic transactum sit, vel iudicatum, quæ retractari non possunt"; Ult. C. VI, 58; 16 C. II, 4: "Causas vel litis transactionibus legitimis finitas", y en la Novela 19: "Exceptis illis negotiis, quæ contingit ante leges a nobis positas aut decreto iudicum, aut transactione determinari".

En dichos casos, en que concluso el negocio no podía afectarle el cambio legal por estar todo concluso y finito sin quedar nada pendiente y que pudiera ser afectado, siempre se entendió era si la nueva ley contradecía la anterior, pero nunca para lo favorable en que era inmediatamente aplicada. Gayo, 39 de neg. gest. III, 5, "Naturalis enim, simul et civilis ratio suagit, alienam conditionem meliorem quidem, etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorum non posse".

ANTONIO MARÍN MONROY.

Notario.

Hereditarios o legitimarios

ACTOS Y CONTRATOS SIMULADOS

I. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril y 30 de junio últimos, me ha parecido volver, por cauces distintos a mi anterior artículo, al tema «donde hay herencia no hay legítima». La distinción de «heredero» y «legitimario», que venía destacada en el artículo anterior y en el posterior trabajo del compañero Roca en la *Revista de Derecho privado*, ha sido recogida, por influencia probablemente del Derecho foral catalán, en la nueva ley Hipotecaria, pasando incluso al Derecho común al no contener precepto expreso en contrario.

La primera de las Sentencias examina el supuesto, muy repetido en anterior jurisprudencia, de la venta realizada simuladamente por el padre a favor de uno de sus varios hijos, con propósito de perjudicarles en su legítima, y la segunda muestra la venta realizada también simuladamente, sin ese propósito fraudulento, a favor de un tercero no teniendo herederos forzosos, pero sí voluntarios.

En la primera se decide el Tribunal Supremo por la nulidad del contrato, y en la segunda se niega acción al heredero voluntario para pedir la nulidad del contrato simulado.

Veamos en particular ambas Sentencias.

II. *La Sentencia de 12 de abril de 1944.*—El demandante—hijo de la vendedora—, aunque heredero, dice el Tribunal Supremo, puede impugnar la venta simulada que hizo a otro, porque es legitimario y por la simulación resultan afectados los derechos legitimarios del sucesor... y éstos no derivan de la voluntad del testador, sino de la normal legal que los otorga..., y su condición jurí-

dica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de unos continuadores de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en ese aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación. Distinción razonable a los ojos del Derecho y aun a los de la equidad, que los legitima para el ejercicio de la acción de impugnación, con independencia del vínculo que para los demás efectos los liga con el causante de la sucesión.»

Bonet, comentando la Sentencia citada (*Rev. cit.*, junio 1944), habla de quiénes son terceros y excluye a los herederos..., pero no a los legitimarios, afirmando que el Tribunal Supremo dice que lo son los legitimarios... porque, si bien son herederos (esto contradice su anterior tesis), tienen un derecho intangible a la legítima, que les es reconocida por la ley y que pueden defender contra la malicia de su causante. Y añade: «Por ello, hubiese sido oportuno no reconocer la cualidad de heredero al legitimario, en cuanto parece extraño que asuma la posición jurídica del *de cuius*, cuando es la Ley, con su autoridad y contra la voluntad del testador, quien le atribuye una porción del activo hereditario», citando al autor extranjero Degni.

A estas últimas líneas, una advertencia que habíamos puesto de relieve en nuestro anterior trabajo. La cualidad de heredero sólo la concede el testador o la Ley, en la sucesión abintestato, y el legitimario puede rechazar tal cualidad sin perjuicio de la legítima. Comprendo que la Ley debió omitir la palabra cuando se refiriese al legitimario, pero la última frase «heredero forzoso» denota que no es el heredero nombrado libremente por el testador.

Sin perjuicio de volver después con toda amplitud sobre el tema queremos apuntar esta idea respecto de los argumentos empleados en la Sentencia: Si la venta se hizo simuladamente con propósito de perjudicar la legítima, se precisaría examinar: 1.º La previa determinación de la legítima; 2.º El propósito deliberado de perjudicar; 3.º La ineficacia relativa (rescisión) en tanto fuere necesaria para satisfacer los derechos del legitimario, pero de ningún modo declarar absolutamente ineficaz un contrato (probablemente de simulación relativa), que beneficiaría al legitimario en todo aquello que recibiera que no fuera legítima. Y a esto no llega su acción ni tiene interés.

Sentencia de 30 de junio de 1944.—Vendidos los bienes simula-

damente, con propósito deliberado de encubrir una donación, a un tercero, el heredero voluntario demanda de nulidad dicho contrato. Se le niega acción al heredero para pedir la nulidad. Los fundamentos empleados por el Tribunal Supremo son: 1) *La carencia de utilidad o interés jurídico en el heredero voluntario*. El testador podía disponer, por actos intervivos o mortis causa, de todos los bienes, y por ello aun cuando lo hizo simuladamente esto fué relativamente en cuanto que la causa real era una donación. Pero esto le ocurre en general a todo heredero. El acto con simulación relativa es válido en cuanto el artículo 1.276 del Código civil lo confirma, aunque lo más probable es que sea anulable según el 1.301 y, por tanto, convalidable (art. 1.310). Yo creo que si la causa falsa se realiza con el asentimiento de ambas partes ninguna puede pedir la nulidad (en este sentido, analógicamente, artículo 1.302), y el contrato es válido. El causante, igual que el heredero, no puede pedir la nulidad porque nadie puede ir contra sus propios actos cuando éstos son válidos. Si la simulación fuera absoluta entonces sí podría pedirlo el heredero, porque no hay contrato (art. 1.261) al faltarle la causa (1.275), y tiene acción. El caso examinado por el Tribunal Supremo era de simulación relativa, y para sostener su validez no hay que decir solamente que el heredero voluntario no tiene interés, sino que el acto es válido y tiene que acatarlo porque lo era igualmente eficaz para su causante; 2) *Si el heredero fuera legítimo*, parece ser que el Tribunal Supremo no hubiera tenido inconveniente en proceder a su nulidad absoluta; pero no es correcto. El heredero, sea o no legítimo, sucede a su causante en todos sus derechos y obligaciones, y los contratos válidos surten efectos entre partes y herederos (1.257). O acepta el acto o pide su nulidad. Que la venta hecha simuladamente es, en casi todos los casos, una donación, y, por tanto, lo procedente sería, caso de pedir la ineficacia el legítimo, dejar reducida la misma al límite necesario para satisfacer la legítima y nada más, porque de lo contrario sería recibir más de lo que le correspondía.

III. *La distinción de heredero y legítimo*. *Acciones de nulidad y acciones de rescisión*.—Al distinguir la herencia de la legítima surge, como consecuencia, la necesidad de distinguir las acciones que competen al heredero y al legítimo en defensa de

sus respectivos derechos. En cada uno de estos casos es diferente, según podemos ver:

a) El heredero, como continuador de la personalidad de su causante, sea o no legitimario, no puede impugnar los actos o contratos válidos realizados por su causante. «Nadie puede ir contra sus propios actos.»

En los contratos absolutamente simulados el heredero, igual que el causante, puede pedir la nulidad (Sentencia de 30 de junio de 1931). Es el único, fallecido su causante, a quien le corresponde. No corresponde esta acción al legitimario, como después veremos. La regla de que nadie puede ir contra sus propios actos tiene aquí su lógica excepción. Los actos han de ser válidos, no nulos de pleno derecho, porque éstos no pueden convalidar y la Ley otorga acción siempre en todo caso (así múltiple jurisprudencia). Si se negara acción al heredero—o causante—el acto nulo convalidaría y la norma imperativa o prohibitiva sería ilusoria (v. art. 4.º del Código civil). El testador no puede impedir al heredero el ejercicio de la acción de nulidad, de igual forma que no puede prohibirle la impugnación del testamento en los casos señalados por la Ley (art. 675-2).

El heredero (sea o no legitimario) que tiene ante sí un acto de esa naturaleza no necesita recurrir a ningún expediente de perjuicio de legítima u otra causa, sino que es suficiente la de simulación para obtener su nulidad.

Las consecuencias de esta acción de nulidad son diferentes a la acción del legitimario, como veremos. El contrato queda en absoluto ineficaz y se liquida conforme los artículos 1.303 y siguientes del Código civil.

Al lado de los actos o contratos anteriores tenemos los de simulación relativa. Si la simulación es por la expresión de causa falsa (venta para simular donación), el acto es válido (art. 1.276). Aquí el heredero carece de acción. De igual manera que el causante no hubiera podido pedir la nulidad, tampoco lo podría hacer el heredero. Hay una causa oculta que es lícita y real, y el acto tiene suficiente fuerza para sostenerse. Tratándose de venta simulada para encubrir donación de inmuebles puede ocurrir que, verificándose aquélla en documento privado, quede inválida la segunda por no llenar el requisito de forma (art. 633). El citado

precepto expreso creo que está subordinado, como todo requisito formal, al artículo 1.279, pudiendo cumplirse después la consignación en documento público.

En los dos casos expuestos los terceros interesados o perjudicados en sus derechos podrán actuar contra los mismos, pero el legitimario no tiene en ningún caso expedita la acción de nulidad, sino la acción de rescisión. Esta acción rescisoria tiene unos caracteres, prueba, contienda y efectos muy distintos a la de nulidad. Veamos sus puntos más interesantes.

b) El legitimario, *strictu sensu*, no es nunca continuador de la personalidad de su causante. Bonet dice, en su citado comentario, que es tercero respecto del causante. Igual que el legatario de parte alícuota sólo toma de la herencia un beneficio, una parte del activo. Son independientes los actos del causante de los suyos. Para defender su legítima tiene acciones diversas, según los casos.

El legitimario que se considera perjudicado por un acto del causante puede obtener la *rescisión* del mismo. Pero rescindir es distinto de anular. Con la rescisión se obtiene solamente compensación por el daño económico sufrido (ineficacia suficiente). Con la nulidad se declara la inexistencia del acto (ineficacia absoluta), sin que la causa sea la existencia de un perjuicio. La acción de inoficiosidad es siempre acción rescisoria (arts. 654, 820 y siguientes del Código civil), y por ello se reducen sus actos hasta el límite necesario para completar la legítima, y en todo lo demás queda mantenido el acto o contrato. Y es que el acto o contrato que merma o disminuye la legítima no es nulo, sino rescindible. De igual forma que el acreedor en la acción pauliana y en todos los supuestos de rescisión (Sentencia de 10 de diciembre de 1904).

El legitimario tiene como parte contraria en la litis, cuando se desconoce su derecho y necesita de la declaración judicial, no solamente al favorecido con el acto, sino también al heredero, que puede ser parte en el procedimiento para defender a su causante. Legitimario y heredero tienen situaciones (*status*) jurídicas diversas y parten de posiciones diferentes. Nada importa también que reconociendo el heredero el perjuicio coadyuve con el legitimario, si es posible.

La legítima es una parte del remanente del haber hereditario, no del patrimonio, y el legitimario necesita probar la existencia

del perjuicio en su legítima. Así, el artículo 818: «hay que deducir las deudas y cargas y con el valor de los bienes el día del fallecimiento se fija la legítima. La reducción sólo opera después de este período declarativo: artículo 820: «Fijada la legítima... se hará la reducción...» Saltar a la reducción de un acto sin fijar la legítima no es posible. Así, el contrato simulado en la Sentencia de 12 de abril de 1944, si encubría una donación debería reducirse e imputarse conforme los artículos 654, 819 y 820. Cuando se afirma que el legítimo puede pedir la nulidad, no es exacto. El legítimo puede pedir la inoficiosidad (rescisión), y esto no puede hacerse *a priori*, sino *a posteriori*.

El legítimo pagado de su legítima no puede pedir más. El acreedor defraudado que cobra pierde su acción.

El legítimo carece de acción de nulidad respecto al contrato simulado. Si el legítimo tuviera acciones de nulidad resultarían favorecidos con el éxito de su acción todas las personas que tienen en el caudal hereditario una parte alícuota. El heredero voluntario, el legatario de parte alícuota y el mismo legítimo, en cuanto participe en esa forma, sería beneficiado en la parte de libre disposición. Por ese camino, solicitando el legítimo la nulidad se beneficiaría el heredero voluntario y él mismo, y solicitándolo el heredero voluntario se perdería el pleito.

JULIÁN DÁVILA GARCÍA,

Notario.

El proyecto de Ley modificando la del Impuesto sobre Derechos reales y transmisión de bienes

El proyecto de Ley presentado por el Gobierno a las Cortes modificando el Impuesto sobre Derechos reales merece la más atenta consideración, porque si no se extiende a todas las materias que son merecedoras de reforma, en cambio a las que alcanza lo hace en general con notable acierto.

La exposición de motivos que acompaña al proyecto indica que la reforma en él contenida abarca tres importantes extremos. 1.º Mejoramiento técnico de la legislación actual en cuanto a determinados preceptos, bien sistematizando su contenido, ya aclarándolos con nueva redacción de modo que sea más fácil su recta aplicación por las Oficinas de gestión y su comprensión por el contribuyente. 2.º Facilitar a éste el cumplimiento de su obligación fiscal en forma que, sin perjuicio para el Tesoro, no represente la exacción un quebranto grave de su patrimonio; y 3.º Modificación de las Tarifas con el fin de ponerlas más en armonía con el derecho común y la legislación del nuevo Estado.

Entre los artículos que dedica al primer extremo, la modificación del número 13 del artículo 3.º de la Ley actual, representa un positivo acierto en favor del contribuyente, puesto que declara exentas de pago la constitución, modificación y cancelación de las fianzas personales y pignoraticias de carácter convencional cuando el contrato que garantizan no esté sujeto o se halle exento del impuesto, así como las que presten los tutores, sean o no hipotecarias, para garantizar el ejercicio de su cargo.

No nos merece tan favorable comentario la excepción del número 32 referente a las herencias y legados en favor de descendientes, ascendientes y cónyuge, así como en favor del alma del testador, cuya porción individual no exceda de 1.000 pesetas. Es cierto que extiende el beneficio a las adjudicaciones por gananciales, pero el mantener la cifra tope para la excepción que señaló la Ley de 1900, hace el precepto completamente ilusorio e ineficaz.

En el año 1900, mil pesetas era una cantidad de bastante importancia en relación con los sueldos y rentas de entonces y con el coste de la vida. El sueldo inicial de muchas carreras de hoy era el final de casi todas las de aquella fecha; un jefe de Negociado ganaba 4.000 pesetas, un Juez de entrada 3.750; por veinte duros al mes

se tenía un gran piso en Madrid. Hoy se han triplicado los emolumentos y quintuplicado el coste de vida, con lo cual mil pesetas ha dejado de ser una cantidad apreciable. Por ello, si la exención ha de resultar eficaz, habrá que elevar mucho la cifra tope.

El apartado c) del artículo 3.º del Proyecto que declara exentas las transmisiones a título de compraventa de fincas urbanas de nueva planta que se verifiquen durante su construcción o dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se solicite la licencia de alquiler o de habitabilidad, constituye una novedad inspirada seguramente en el deseo de favorecer la construcción a fin de atenuar el terrible problema de la vivienda. Se trata de una excepción atrevida y beneficiosa que, como otras beneficiosas también que otras leyes establecieron, no estamos muy seguros de que, si se aprueba, perdure mucho tiempo en vigor.

Varía el proyecto la fijación de base para los derechos de uso y habitación, y la exposición de motivos explica la razón de ello. Se fijan hoy en el 25 por 100 del valor total de los bienes el de los derechos referidos, pero como para regular el del usufructo hay que atender en los temporales a su duración y en los vitalicios a la edad del beneficiario, en todos los casos en que ese valor quede reducido a menos del 25 por 100 del total resultará que se aprecian en más el uso y la habitación que el usufructo, de rango éste muy superior a aquéllos. La reforma corrige con gran acierto tal anomalía, disponiendo que el valor de los Derechos reales de uso y habitación se estimará en el resultante de aplicar al 75 por 100 de los bienes sobre que fueran impuestas las reglas correspondientes a la valoración de los usufructos temporales o vitalicios, según los casos.

El fraccionamiento de pago introducido en la Ley por la reforma que comenzó a regir en 1.º de abril de 1920, no había producido en la práctica los beneficios deseados, por la estrechez de criterio con que se acometió y por lo complicado del procedimiento para conseguir tal beneficio. Según aquella Ley, el fraccionamiento sólo es aplicable a las adquisiciones a título de herencia o legado, y como la cantidad anual a pagar en su caso es el 5 por 100 de la base liquidable, quedan fuera del beneficio todas las transmisiones no hereditarias y aquellas que, aunque lo sean, estén gravadas con menos del 5 por 100 referido.

La única forma actualmente admitida para garantizar el pago frac-

cionado es la hipoteca de los bienes inmuebles comprendidos en la herencia, y el procedimiento es, no diremos costoso, ya que las operaciones en los Registros de la Propiedad, por lo menos la hipoteca a favor del Estado, *se hará constar de oficio*, pero sí dilatorio y molesto. Solicitud al Liquidador acompañando certificación del Registro de la Propiedad; certificación duplicada del Liquidador; presentación de ésta en el Registro o Registros, para que se haga constar la hipoteca a favor del Estado; devolución de uno de los ejemplares a la Oficina liquidadora; pago del primer plazo, etc., etc. Quedan, pues, también fuera de la posibilidad del fraccionamiento las herencias en que no haya inmuebles y aquellas en que, aunque los haya, no estén inscritos a favor del causante, a no ser que los contribuyentes constituyan la hipoteca sobre bienes distintos.

La reforma que comentamos atiende a remediar estos inconvenientes, pues permite el fraccionamiento del pago en cinco anualidades, cualquiera que sea el tipo de tarifa aplicado, siempre que en la herencia no haya metálico o valores; extiende el beneficio al usufructuario a título lucrativo, y además admite el aval bancario para garantizar el pago, concesión acertadísima que evitará las dilaciones y molestias de la fianza hipotecaria.

De ésta hemos de decir, una vez más, que no hay justificación ninguna para que el Registrador de la Propiedad, que ningún emolumento percibe del Estado, practique gratis las operaciones necesarias para constituir esa hipoteca en los casos de fraccionamiento de pago del impuesto. Se trata de un beneficio en favor del contribuyente que ha de pagar, y no hay por qué concederle una nueva ventaja a cargo de aquel funcionario.

¿No cabría ensayar ese fraccionamiento en ciertos contratos «inter vivos»? Para el Estado, cobrar de una vez o cobrar en varias tiene poca importancia, siempre que haya seguridad del cobro, y por ello, en actos o contratos de mucha cuantía, o de beneficio social, industrial o agrícola, quizás, a título de ensayo, con las debidas garantías y el correspondiente interés de demora, no fuera aventurado establecer el fraccionamiento.

Las tarifas que la vigente Ley señala para las adquisiciones por título hereditario han ido aumentándose constantemente, y hoy son de una extraordinaria elevación, agravadas con el engendro del impuesto sobre el caudal relicto, simulación de un aumento en las ta-

rifas corrientes, pero que, por la forma en que está constituido, es mucho más molesto y más dado a conflictos entre los contribuyentes que le han de satisfacer. Pero, además, el que en las transmisiones de todas clases a título hereditario haya de aplicarse el tipo de imposición correspondiente, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes a que afecta la transmisión (número XVIII del artículo 5.º del Reglamento), envuelve una injusticia y una desigualdad que alguna vez se habrán de corregir. No es lo mismo heredar inmuebles que producen renta, o valores del Estado o de Sociedades que también la producen y son todos ellos de fácil enajenación, que adquirir, por igual título, muebles, objetos, bibliotecas, etc., que nada producen, que se venden difícilmente y siempre con gran pérdida, y, sin embargo, igual paga por el impuesto el que adquiere bienes de una u otra clase, y en la herencia o legado, que las comprende juntas, la tributación es también igual. Quizás a esto se deba en parte la ocultación de muebles en las herencias, ocultación que se ha querido evitar con adiciones o completar un 2 por 100 del valor total de los bienes inventariados, en concepto de muebles, pero esta disposición no siempre resulta justa ni proporcionada al caudal.

La Tarifa actual, en sus números 29 al 34, está muy necesitada de reforma, que se acomete en el proyecto de Ley presentado a las Cortes. La Legislación del impuesto anterior a 1936 distinguía perfectamente los números de la Tarifa y tipos de imposición que se aplicaban a los descendientes legítimos y legitimados, por un lado, y a los naturales y adoptivos, por otro. La República, que eliminó de las inscripciones de los Registros Civiles todo lo referente a la calificación de la filiación, fué lógica al suprimir las diferencias de tarifa y dejar sólo la que se conservó con el epígrafe «Hijos», sin distinguir en número aparte más que los adoptivos.

Pero los hijos pueden ser legítimos, legitimados, naturales, ilegítimos, no naturales y adoptivos. Si todos ellos, salvo estos últimos, están comprendidos en el número 29 de la Tarifa, se dará el caso absurdo de que para el impuesto sea igual el hijo legítimo que el ilegítimo, cuando tienen un concepto y una consideración tan distinta en nuestra legislación civil, y si no están comprendidos más que los legítimos, los legitimados e ilegítimos, sean o no naturales, tienen el concepto de extraños, a los que hay que aplicar el número 38 de la Tarifa, cuyo porcentaje oscila entre el 45 y el 57 por 100,

más el impuesto sobre el caudal relicto, absurdo aún mucho mayor, pues no sólo la legislación civil, sino también la canónica, reconocen y regulan esas filiaciones, que tienen su origen en la propia naturaleza, como lazos de sangre que son.

Otro tanto puede decirse de los parientes por afinidad. Hoy no tienen cabida especial en la Tarifa, y aun cuando la madre de un cónyuge y el hijo o hija habido por éste en anterior matrimonio sean tan parientes del otro cónyuge, que la Iglesia y el Estado prohíben que éste, siendo viudo, pueda contraer matrimonio con ninguna de esas personas, y aun siendo posible y frecuente que entre los parientes por afinidad existan lazos de convivencia y de cariño, todos ellos se reputan extraños entre sí para el impuesto, que les aplica el repetido número 38 de la Tarifa.

A remediar tales anomalías tiende la escala del proyecto que ha de sustituir al número 34 de la Tarifa actual, que desaparece. Esa nueva escala entre ascendientes y descendientes por afinidad oscila entre el 14 y el 25 por 100.

Para las adjudicaciones hereditarias entre cónyuges, sabido es que la Tarifa actual tiene dos números: el 33 y el 34; aquél, para la cuota legal usufructuaria, y éste, para las adquisiciones que excedan de dicha cuota; pero si el cónyuge superviviente fuera único heredero, se prescindirá de la legítima usufructuaria y se liquidará el impuesto por el total de los bienes, aplicando el tipo correspondiente a la sucesión entre cónyuges por la porción no legítima (párrafo 5.º del artículo 31 del Reglamento). Tal disposición, completamente injusta, puesto que parece imponer una pena al cónyuge superviviente, a quien el causante ha dado prueba tan palpable de mayor estimación, toda vez que le ha designado como heredero, desaparece en el proyecto que comentamos. Refunde éste en uno los dos números expresados de la Tarifa actual, tomando un término medio en cuanto al tipo de imposición; el número 33 vigente empieza en el 4 por 100 y llega hasta el 8 por 100; el número 34 oscila entre el 5 y el 10 por 100; pues bien, el número que a éstos sustituye en el proyecto va desde el 4,50 al 9 por 100.

No son las disposiciones contenidas en éste las únicas que podrían mejorar la Ley actual; el exceso de susceptibilidad, que lleva a casi todas las leyes económicas españolas a extremar la defensa contra posibles defraudaciones, establece preceptos muchas veces

duros y en bastantes casos injustos, y anula las ventajas que pudieran derivarse de otros. Así, por ejemplo, el apartado B) del artículo 11 de la Ley actual, sin que baste a atenuarle el último párrafo del propio precepto. La venta o cesión de bienes, reservándose el usufructo de los mismos, no sólo a favor del propio vendedor, sino también al de su cónyuge en muchos casos, es un contrato corrientísimo. Alguna vez puede envolver una donación simulada, pero esa posibilidad no es bastante para justificar un precepto absoluto, que puede causar tan gran perjuicio a contratantes de buena fe.

El artículo 25 autoriza a los Delegados de Hacienda de las provincias para nombrar, a propuesta de los Liquidadores de los partidos, previo informe del Abogado del Estado, Agentes ejecutivos para el cobro de los descubiertos por el impuesto de Derechos reales, con fianza en cuantía proporcionada a las responsabilidades que pudieran contraer; pero como en el propio artículo se declara a los Liquidadores solidariamente obligados con tales Agentes respecto de la Hacienda, la disposición ha quedado de hecho muerta, y las cantidades en descubierto por el impuesto se cobran muy lentamente y son de extraordinaria consideración.

Cuando se apruebe la Ley y haya de ponerse mano en el nuevo Reglamento, habrá necesidad también de purgarle de disposiciones que invaden la esfera legal, incorporar a él otras dispersas en Ordenes y Circulares de la Dirección General y darle una más sencilla distribución, que permita su más fácil manejo. Todo el Reglamento está realmente contenido en un solo título, pues los otros dos corresponden a materias especiales: el segundo, al impuesto sobre el caudal relictivo, y el tercero, al impuesto sobre personas jurídicas; los capítulos son de una enorme extensión, acumulándose en ellos preceptos amasados y detallistas, no siempre congruentes con el capítulo en que están contenidos; su división en secciones, o el señalamiento en letra negrilla al margen de los artículos importantes, de la materia que les es propia, facilitaría el manejo, hoy nada fácil, del Reglamento en cuestión.

Esperamos que el proyecto de Ley salga pulido y mejorado de las Cortes españolas, y que después el nuevo Reglamento refleje también esos extremos a que aludimos al ingreso, y que representan una acertada orientación en nuestras leyes tributarias.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

NO ES ADMISIBLE UNA PRÁCTICA NOTARIAL QUE TRATA DE EQUIPARAR LA PRIMERA COPIA DE ESCRITURA PÚBLICA AL TESTIMONIO POR EXHIBICIÓN DE LA MISMA.

Resolución de 13 de noviembre de 1944. «B. O.» de 24 de diciembre.

El Notario de Guecho, D. Juan Mantilla Aguirre, autorizó una escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que un señor, por sí y como comisario de su difunta esposa, haciendo uso del poder de disposición en favor de sus hijos y descendientes que mutuamente se habían conferido ambos cónyuges en escritura al efecto, y como consecuencia de haberse operado en el momento de la disolución del matrimonio la comunicación foral establecida en la Ley I, título XX, del Fuero de Vizcaya, donó a su hija dos montes inscritos en los correspondientes Registros de la Propiedad por medio de expedientes posesorios, reservándose el usufructo vitalicio de la mitad de los mismos.

Presentada primera copia de la escritura en el Registro de Guernica, en unión de un testimonio notarial de varios documentos, entre los que figuran el citado poder recíproco de disposición y la partida de defunción y el certificado de actos de últimas voluntades referentes a la fallecida, fué inscrita la escritura; pero llevada posteriormente al Registro de Bilbao, acompañada del mismo testimonio notarial, fué suspendida «porque no haciéndose previa adjudicación al donante, por la comunicación foral operada, de la finca inscrita a nombre de la causante, se considera imprescindible, para inscribir el tracto sucesivo, acompañar la primera copia del poder testatorio

y los certificados de defunción y últimas voluntades de aquélla, conforme a la Resolución de 31 de diciembre de 1892 y artículo 3.º de la Ley Hipotecaria.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma la nota y el auto del Presidente de la Audiencia,

Considerando que de los términos un poco ambiguos en que la nota calificadora está redactada y del escrito del Registrador que la desenvuelve, parece deducirse que, por no haberse hecho la adjudicación de bienes en el documento presentado, es necesario acompañar los documentos fundamentales, o, en su caso, sus primeras copias, sin que puedan ser sustituidos por testimonios notariales.

Considerando que en la referida nota no se centra el problema sobre la naturaleza de la comunicación foral, sus efectos, requisitos de la adjudicación de bienes hecha en su virtud y circunstancias que ha de contener la inscripción correspondiente, por lo que ha de limitarse esta Resolución a la necesidad de acompañar la primera copia del poder testatorio y los certificados de defunción y última voluntad de doña R.

Considerando que la inscripción del derecho hereditario en abstracto, que puede ser solicitada con arreglo al artículo 71 del Reglamento Hipotecario por un solo interesado, se distingue esencialmente de la adquisición de cosas o derechos integrantes de la masa sucesoria, y mientras en el primer caso la calificación se circunscribe a las relaciones jurídicas que ligan al «de cujus» con el heredero, en el segundo se atiende en especial a la distribución o adjudicación de bienes entre los llamados a la herencia.

Considerando que en la escritura de capitulaciones matrimoniales objeto del recurso, sin confundir la inscripción del derecho hereditario con la adjudicación de bienes determinados, se atiende a las exigencias de los dos momentos indicados en cuanto a don A. A. actuó en propio nombre y a la vez en el concepto de comisario de su esposa, y como consecuencia de «haberse operado la comunicación foral», hizo donación a su hija de los dos montes descritos que figuran entre los bienes conyugales; pero en el Registro, lejos de unirse al título la primera copia del poder testatorio o un documento público de igual energía que contuviera el traslado debidamente hecho, se ha presentado un testimonio por exhibición que carece de las características exigidas por el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria.

Considerando que, si bien la Resolución de este Centro de 7 de junio último, después de declarar título adecuado para la inscripción del derecho hereditario el testimonio judicial del auto de declaración, y de admitir la inscripción del mismo como apéndice o anejo de la escritura de partición, ha permitido la presentación de un testimonio por exhibición del auto judicial, esta autorización no puede hacerse extensiva a una práctica notarial que trata de equiparar la primera copia de escritura pública al testimonio por exhibición de la misma, como si las garantías de aquélla y ésta fuesen iguales y como si los documentos protocolados se pudieran confundir con las certificaciones de otro orden.

Considerando que la costumbre de trasladar o incorporar la primera copia de un testamento, como antecedente, apéndice o anejo de una escritura, señala el límite máximo de las concesiones a que, en estos particulares, puede llegarse dentro del artículo 166 del vigente Reglamento Notarial y del anterior, porque en casos tales siempre había posibilidad de cotejar la primera copia registrable con el contenido del protocolo y acreditar la seriedad y exactitud con que el Notario ha procedido en su expedición.

EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS CON CLÁUSULA DE RESIDUO,
¿ PUEDE EL PRIMER INSTITUÍDO DISPONER POR ACTOS «MORTIS
CAUSA?

Resolución de 16 de noviembre de 1944. «B. O.» de 7 de enero de 1945.

Dos cónyuges—de regionalidad aragonesa—otorgaron sus respectivos testamentos, en los que—bajo los números 6 y 7—aparece la siguiente cláusula común: «En el remanente de todos mis bienes instituyo herederos universales, en usufructo de viudedad, a mi consorte, y en nuda propiedad a mis hijas A. y M., por partes iguales, con derecho de representación a favor de su respectiva descendencia legítima y con el de acrecer prevenido en el vigente Código civil. Si alguna de mis citadas hijas muriere sin dejar sucesión y sin haber consumido ni dispuesto de su porción de bienes, los que en su caso dejare recaerán en su hermana sobreviviente, y,

en defecto de ella, en sus descendientes legítimos. Y si mis dos repetidas hijas finaren sin dejar descendencia y sin haber consumido ni dispuesto de los bienes procedentes de mí, el testador, los que entonces hubiere serán para mi consorte, con plena y absoluta propiedad.»

Fallecidos los testadores, quedaron dueñas sus dos hijas, por mitad y proindiviso, de la herencia (que habían inventariado al morir el primero de aquéllos en escritura de aceptación que otorgaron con el sobreviviente, inventariando los bienes), con las facultades y limitaciones establecidas por sus padres.

Una de las herederas—doña A.—falleció bajo testamento, en el que instituyó por única y universal heredera a su hermana doña M., si bien con distintas limitaciones, que relacionaremos en la glosa final, otorgando esta escritura de aceptación de herencia e inventario de los bienes relictos por su hermana doña A. (fallecida en estado de soltera), ante el Notario de Zaragoza don José María Laguna Azorín.

En esta escritura se hace constar que las limitaciones y sustituciones impuestas por su hermana en el testamento no pueden tener efectividad más que por lo que hace a sus propios y exclusivos bienes, pero no por lo que respecta a los bienes heredados por los padres de ambas, porque estos señores, en sus testamentos, dispusieron que, terminado el usufructo del cónyuge superviviente, nombraban herederas a su dos hijas, doña A. y doña M., por partes iguales; pero consignando que si alguna de dichas hijas muriese sin dejar sucesión y sin haber consumido ni dispuesto de su porción de bienes, los que dejare, en su caso, recaerán en su hermana superviviente, y, en defecto de ella, en sus descendientes legítimos, sin establecer ninguna limitación, y, por consiguiente, los que haya dejado a su fallecimiento doña A, procedentes de las herencias de sus padres, habiendo muerto soltera, sin sucesión legítima ni natural, recaen, por voluntad de aquéllos, en la compareciente, su hermana doña M. A tal efecto discriminaba los bienes de una y otra procedencia, adjudicando libres de toda clase de limitaciones, como heredadas de sus padres por la causante, distintas fincas, sitas en Monreal del Campo.

Presentada la escritura en el Registro de Calamocha, fué calificada por la siguiente nota: «Denegada la inscripción de la escri-

tura de aceptación de herencia precedente, por aceptarse dicha herencia sin las limitaciones y condiciones establecidas en el testamento de la causante.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma el auto del Presidente, revocatorio de la nota del Registrador, sentando la siguiente doctrina :

Que en el testamento, acto solemne, unilateral, revocable, de carácter personalísimo, de disposición *mortis causa*, de todos o parte de los bienes, se puede someter la institución de heredero o de legatario a condición, modo o plazo, pero siempre sus declaraciones habrán de referirse principalmente a la herencia como complejo de bienes, derechos y obligaciones del testador, que forman el patrimonio hereditario, y en este sentido, las manifestaciones de voluntad de doña A., por las que condiciona la residencia de su hermana, así como la administración de los bienes «de su herencia», y la prohibición de enajenar y gravar «los bienes de esta herencia», deben ser interpretadas respecto de sus bienes propios, excluyendo de su eficacia aquellos otros que ella había recibido por la muerte de sus padres y sobre los cuales no tenía un pleno poder dispositivo.

Que al fallecer soltera y sin sucesión doña A., entre sus bienes relictos pueden distinguirse, junto a los propios y exclusivos, otro grupo integrado por los que había heredado en virtud de la institución hecha a su favor por sus padres, quienes al ordenar que «si alguna de sus dos hijas (instituídas por iguales partes) moría sin dejar sucesión y sin haber consumido ni dispuesto de su porción, los que en su caso dejare pasarían a su hermana sobreviviente, y, en defecto de ella, a sus descendientes legítimos», venían a constituir una modalidad fideicomisaria de residuo (de *eo quod supererit*), figura de abolengo inmemorial en nuestras costumbres y que los juristas modernos tratan con las disposiciones modales o los legados a término o condicionales, y cuya posibilidad en nuestro Derecho positivo aparece afirmada por la jurisprudencia dentro del contenido del artículo 783 del Código civil.

Que la escritura de aceptación de herencia e inventario autorizada por el Notario de Zaragoza don José María Laguna Azorín el 26 de marzo de 1943, al formalizar la descripción de los bienes relictos, se ajusta a la distinción reseñada y circunscribe las limitaciones impuestas por doña A. a sus bienes privativos, relacionados

bajo los números 1 al 10 del inventario, por lo que resulta infundado el defecto imputado por el Registrador, toda vez que se ha puesto de relieve la imposibilidad de prescindir de una sustitución fideicomisaria y de no respetar la trayectoria predeterminada por los padres respecto de los bienes por ellos transmitidos, frente a la que resultarían inoperantes cualesquiera otras disposiciones contradictorias.

Que en las facultades concedidas en las cláusulas séptima y sexta de los testamentos otorgados en 1.º de abril de 1913 sobre la discutida institución para que las hijas pudiesen consumir y disponer de su respectiva porción de bienes no se comprende la disposición *mortis causa* pues si éste hubiera sido el deseo de los testadores, debió manifestarse así con toda claridad, y porque, además, también lo patentiza el resto de las cláusulas de referencia, a las que, en otro supuesto, se privaría de sentido, y porque ése es también el criterio declarado para casos semejantes, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como por la de este Centro directivo; y en su virtud parece inexcusable reconocer que doña M. pudo haber hecho constar en el Registro de la Propiedad la transmisión a su favor de los bienes que la causante había recibido de sus padres y no enajenado o consumido, mediante la presentación del testamento de éstos y de los documentos complementarios, así como también hubiera podido renunciar la herencia de su hermana doña A. y aceptar la de sus padres.

Que si bien es posible en el Derecho común que un testador disponga sobre el destino de bienes que pertenecen a su heredero, de modo que obligue a éste, cuando acepte la herencia pura y simplemente a cumplir la voluntad de su causante, tales cargas han de aparecer en una forma clara y con órdenes o manifestaciones que no dejen lugar a dudas sobre la intención del testador y su conocimiento de la situación jurídica.

* * *

Con gran acierto, la Dirección, en su notable Resolución de 26 de mayo de 1925, dejó sentado, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, que en las sustituciones de este tipo habrá de tenerse en cuenta el artículo 675 del Código civil, según el cual

las disposiciones testamentarias deben entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca de un modo claro que fuera otra la voluntad del testador.

Pues bien ; en su testamento, doña A., al nombrar única y universal heredera a su hermana doña M., lo hizo con las siguientes limitaciones : a), que no traslade su residencia a Andalucía ni entregue la administración de los bienes de *su herencia* a su esposo ; b), que no enajene ni grave los bienes de *esta herencia*, constante su actual matrimonio.

Por ello, el Centro Directivo, por exclusión, habida cuenta que en su testamento relacionado doña A. sólo dispone de sus *bienes propios*, por resultar inoperante cualquier disposición contradictoria que se refiriese a los heredados en *sustitución de residuo* de sus padres, resuelve negativamente el problema planteado en el enunciado.

Pero los razonamientos del Registrador al analizar los términos *consumir* y *disponer* empleados en los testamentos de los padres (de donde proviene la *cláusula de residuo*), son de muy digna estimación, basándolos precisamente en ese citado artículo 675. Encontramos justificada su nota como la decisión del Centro Directivo.

Sumamente debatido el problema en la doctrina, recordamos el magnífico análisis del mismo hecho por don Felipe Clemente de Diego (páginas 95 y siguientes : «Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo», Editorial Reus ; Madrid, 1925), quien, después de exponer las encontradas opiniones referentes al caso, sintetiza la suya con las palabras siguientes :

«La ordenación de estas cláusulas de residuo, en sus términos más usuales, y salvo siempre expresa declaración en contrario, lleva consigo la prohibición de testar o disponer *mortis causa* sobre los bienes recibidos del testador» (p. 102, ob. c.).

Pero, insistimos, siempre habrá de tenerse en cuenta el artículo 675 del Código civil.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1944.—*Gravamen como supuesto del recurso.*

Desestimadas por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Pamplona, en su sentencia de 20 de enero último, la demanda deducida por..., y absueltos de ella todos los demandados con resolución beneficiosa para los mismos, entre los que se encuentra doña María del Pilar..., de las cuestiones discutidas en el pleito, carece este recurrente de interés que legitime y haga admisible su recurso contra un fallo que no le causa lesión reparable por medio de aquél, por lo que ha de ser el mismo desestimado.

SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1944.—*Jurisdicción; cosa juzgada; legitimación pasiva.*

I. Ni la Ley de Bases para la Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1932, ni ninguna otra, asigna al Instituto Nacional de Colonización competencia para entender de asuntos en que se ventila el derecho al reconocimiento de censo o al pago de pensiones de los mismos, ni siquiera para decidir las prestaciones de esta clase que en su origen fueron derechos señoriales. Por tanto, hay que estar al artículo 52 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Corolario: Una solicitud a resolver o archivada en el Instituto Nacional de Colonización no es un juicio pendiente ante la jurisdicción ordinaria, ni puede, por consiguiente, servir como base de la excepción de litispendencia.

II. Si bien la cosa juzgada en su efecto negativo tiene necesariamente que alegarse por vía de excepción, en cambio, para que sólo surta efecto de obligar al juzgador a reconocer su existencia en todas las resoluciones que adopte en demandas que presupongan lo juzgado, no tiene que ser excepcionada. Y como en el caso presente el Tribunal *a quo* atribuye a la sentencia de 1924 este último alcance, el de presunción legal de verdad de los hechos juzgados, resulta inatendible el razonamiento del recurso, fundado en que la expresada excepción no fué esgrimida por el actor.

No entramos en una discusión de esta interesantísima doctrina; pero sí deseamos llamar la atención sobre ella.

III. Según ya estableció la sentencia de este Tribunal de 18 de octubre de 1913, la representación legal de la comunidad de vecinos de un pueblo, asumida antes por los antiguos Concejos, corresponde hoy a los Ayuntamientos, que tienen la debida personalidad para ser demandados en juicio, cuando la acción que se ejercita afecte a los intereses generales de las personas que forman un Municipio.

SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1944.—*Heredamiento de confianza.*

El heredamiento de confianza, una de las múltiples manifestaciones de la «fiducia testamentaria», está vigente en Cataluña por probable influjo que las costumbres de aquella región han recibido del Derecho canónico, de la remota institución del fideicomiso romano y de la doctrina científica, ofreciendo una modalidad especial de la normal testamentifacción en cuanto el *de cujus* exterioriza su última voluntad en dos fases o momentos complementarios: uno, al otorgar testamento, en el que nombra confidente o encargado de dar a sus bienes el destino que reservadamente le comunique, y otro, fuera del testamento, al expresar la confianza o «fiducia» contenida en las instrucciones que han de presidir la distribución de la herencia o del legado.

De estas dos fases en que se desenvuelve la institución hereditaria de confianza juega papel relevante la fase segunda, porque en ella se revela lo que el testador quiere que se cumpla *post mortem* y se nombra al verdadero heredero o legatario, quedando así limitado el rango del heredero o legatario de confianza, en el aspecto interno del negocio fiduciario, a un *nudus minister*, mero ejecutor de la última voluntad o fedatario del causante, con personalidad similar, aunque no idéntica, a la de otros encargados de cumplir la fiducia testamentaria, sin la facultad de apropiarse los bienes del testador—salvo el premio de administración, en su caso, o algún legado que se le haga—y con la obligación de cumplir las instrucciones confidenciales, así como también la de revelar a veces *ad aures judicis* la confianza si el causante no hubiera prohibido la revelación. (Sentencias de 17 de marzo de 1896 y 25 de febrero de 1905.)

Dada la trascendencia jurídica de las instrucciones fiduciarias, es lógico estimar que si el testador no las ha dado se invalide la institución de confianza por ser desconocida la última voluntad del causante—sentencias de 17 de marzo de 1896 y 21 de marzo de 1902—; pero fuera de este supuesto de inexistencia real de las instrucciones reservadas se contemplan frecuentes casos, como el de autos, en que, al ocurrir el fallecimiento del testador, *no se han encontrado* las que, según el testamento, dejaría *escritas* de su puño y letra en determinado mueble de su casa, aunque se da por cierto en la sentencia de instancia, y no se impugna en el recurso, que los herederos de confianza, a pesar de estar dispensados de la obligación de revelar las disposiciones del causante, manifestaron en acta notarial, antes de la incoación de este pleito, que el testador les había dado instrucciones *verbales* para que aplicasen sus bienes a sufragios y obras piadosas, y ahora se discute fundamentalmente si ha quedado ineficaz la institución de confianza por no haber aparecido las instrucciones *escritas* y se abre la sucesión abintestato, o sí, por el contrario, suplen o sustituyen las instrucciones verbales a las escritas y la sucesión se ha de regir por el testamento debidamente perfeccionado.

En materia de declaración de voluntad, la forma en que esa sea exteriorizada no afecta a la validez esencial del acto o del negocio jurídico, salvo casos en que la Ley exige *ad solemnitatem* determinados requisitos externos o aquellos otros en que la declaración es admitida *sub conditione*, supeditando su eficacia a la concurrencia de una determinada forma escrita de exteriorización, y como quiera que en Derecho catalán, ni la Ley ni la costumbre imponen la forma como requisito esencial de manifestación de las instrucciones reservadas que son hechas fuera del testamento, y en el caso de autos el testador no hizo

depender de la forma escrita, asignándole rango de condición, la eficacia del encargo confidencial, sino que hizo la institución bajo cláusula modal que no suspende ni resuelve el efecto jurídico querido, es indudable que la auténtica revelación de las instrucciones verbales completa y perfecciona el acto de disposición *mortis causa*, en tanto tales instrucciones no sean contrarias a la moral o del Derecho, como no lo son en el caso de autos—Sentencias de 8 de octubre y 16 de diciembre de 1892, 19 de noviembre de 1886, 2 de julio de 1920, 12 de enero de 1928 y 6 de mayo de 1944, y artículos 797 y siguientes del Código civil.

SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1944.—*Artículo 1.504 del Código civil.*

Impugnada la resolución recurrida en el cuarto motivo del recurso, alegando la infracción del artículo 1.504 del Código civil regulador del pacto comisorio, carácter que ofrece sin género de duda el contrato privado de venta, con reserva de dominio a que se refiere la demanda, ya que en él se estipula que si el comprador dejara de pagar alguno de los plazos del precio aplazado o faltara a las obligaciones de dicho contrato, el vendedor podrá darlo por rescindido, entrando en posesión de la finca vendida, es evidente la improcedencia del fallo que condena al comprador a rescindir dicho contrato, puesto que el precepto general del artículo 1.100, relativo a la mora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas en el último párrafo de su número segundo, en el sentido de no ser necesario el requerimiento previo al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe según el contrato, carece de aplicación al caso por estar éste regulado en la venta de inmuebles por una disposición especial como la del artículo 1.504 citado, ante el que debe ceder la de carácter general.

Si bien aparece que después de la liberación de Cataluña particularmente, y después por medio del acto conciliatorio celebrado por el actor con el demandado, que lleva fecha 13 de mayo de 1940, aquél requirió a éste para que diese por rescindido el contrato de venta por falta de pago en el precio convenido, es lo cierto que dicho requerimiento era en aquel momento inoperante para determinar la mora del deudor, por estar vigentes entonces las disposiciones sobre la moratoria de las obligaciones en las plazas recién liberadas que parten de la Ley de 27 de agosto de 1938, especialmente la Orden de 25 de abril de 1939 y disposiciones posteriores hasta el artículo 70 de la Ley de Desbloqueo; por lo tanto, cuando asista al deudor un perfecto derecho a abstenerse de realizar el pago, y aunque es verdad que éste ofreció pagar en dicho acto, tal ofrecimiento no aceptado por el acreedor no tiene otro alcance que el de intentar evitar, mediante una avenencia, la presentación de la demanda y no puede interpretarse como una renuncia al aludido beneficio, procediendo por ello estimar que la sentencia de instancia al dar lugar a la demanda infringió las aludidas disposiciones a que hace referencia el segundo motivo, en cuanto da a dicho requerimiento el alcance del artículo 1.504 del Código civil.

SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1944.—*Juicio de desahucio.*

La posición de los demandantes de las fincas a que el desahucio se refiere dimana de la escritura pública que en 5 de febrero de 1941 les fué otorgada por virtud de la subasta realizada en expediente tramitado para hacer efectiva

determinada sanción impuesta por responsabilidades políticas a M. R., y que esta escritura la inscribieron los nombrados adquirentes en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

El demandado M. P., en representación de su esposa, heredera del apremiado, continuó en la posesión, de hecho, de las aludidas fincas después de otorgadas las expresadas escrituras.

En el mismo expediente de responsabilidades políticas, y por auto de 10 de septiembre de 1941, que aprecia graves infracciones legales en la vía de apremio tramitada por la efectividad de la sanción dicha, se había decretado la nulidad de la expresada subasta y de las actuaciones posteriores, entre ellas la adjudicación a los ahora demandantes, y que contra este auto se había interpuesto un recurso de alzada, todavía pendiente de resolución.

La doctrina que establece la prohibición de discutir y resolver en el juicio de desahucio la validez del título con que acciona el actor cuando por la aparente legalidad de este título debe atribuírsele una eficacia en juicio declarativo, no es aplicable al caso del presente desahucio, donde el Tribunal de instancia admite que en el mismo procedimiento que dió vida a la escritura de compraventa que se esgrime para accionar había sido declarada la nulidad de ésta; pues, aunque tal declaración no haya ganado firmeza, por la constancia que tiene en el juicio, queda patentizada en el mismo la gravedad de las transgresiones que la motivaron, y esto autoriza a no reconocer en dicha escritura esa aparente legalidad indiscutible en el juicio de desahucio a que antes se alude; lo cual, unido al hecho, también atendible, de la permanencia del demandado en los inmuebles después de la repetida escritura, sin ser requerido por autoridad competente para abandonarlo ni para que reconozca a los ahora demandantes como dueños, obligaba entender que falta la posesión real que para el ejercicio de la acción de desahucio exige el artículo 1.564 de la Ley procesal y que este precepto resulta infringido por la sentencia de instancia.

SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1944.—*Artículo 436 del Código civil.*

Una arrendataria que, llamada como tal al acto de conciliación por el verdadero propietario de la finca, declara en el mismo que considera extinguido el arrendamiento desde que su hijo adquirió la propiedad de la finca, se convierte en precarista, aunque después resulta que la adquisición de la propiedad de la finca por el hijo fué nula, siempre si el propietario acepta la situación, como lo hizo en el caso de autos conforme acreditan sus actos.

SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1944.—*Naturaleza jurídica del cumplimiento.*

La decisión del presente recurso exige traer en colación, en primer lugar, el problema de si el pago, que es sin duda uno de los modos extintivos de las obligaciones que enumera el artículo 1.156 del Código civil y consiste en la realización de la prestación convenida, implica un mero *hecho* que realiza el deudor *anima solvendi*, independientemente de la voluntad del acreedor y hasta en contra de ésta, o si, por el contrario, implica un acto o *negocio jurídico*, para el cual hacen falta requisitos análogos a los de constitución de un contrato, cuales son la capacidad y absoluta libertad en los mismos sujetos que establecieron la obligación o en sus causahabientes y más especialmente la aceptación del acreedor.

Aunque dicho problema admita soluciones diferentes, según los casos, por razón sobre todo del diverso contenido que puede tener la obligación, ha de entenderse que cuando, como en el caso de estos autos, se trate de una obligación de dar o de entregar, el pago no queda cumplido por la simple actuación del obligado y requiere el consentimiento o aceptación de quien, con arreglo a lo convenido, haya de recibir la prestación, según lo aseveran los siguientes argumentos: a) Que el artículo 1.176 del propio Código civil, al establecer la consignación como medio sustitutivo del pago, exige como requisitos de la misma que el acreedor se haya negado previamente *sin razón* a admitir el pago, lo que demuestra que puede rechazarlo con razón y que su aceptación es precisa de tal modo que sólo cuando por causa injustificada la niega son posibles otros procedimientos, por lo cual ha declarado esta Sala, en sentencia de 18 de mayo de 1943, que para que la consignación produzca el efecto del pago es preciso que el acreedor la acepte o que se declare judicialmente bien hecha; b) Que el artículo 1.163 niega validez, salvo determinados casos, al pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes; y si para producir dicho pago todos sus efectos se requiere la capacidad del acreedor, ello indica que éste debe encontrarse en el uso de sus facultades mentales para saber si le conviene recibir lo debido, o sea para consentir; c) Que en el caso actual no se trata meramente, por parte del *accipiens*, de recibir una cantidad para extinguir la obligación, sino que además había que cancelar una hipoteca, como consecuencia de dicha operación, y como en el contrato de 20 de septiembre de 1935 se estipuló el pago en oro o plata, y en caso de ser en papel moneda, abonándose la diferencia o quebranto de cambio, no es posible suponer que en la determinación exacta de la cantidad a satisfacer y en el otorgamiento de la escritura de cancelación no hubiese necesidad de contar con la aquiescencia del acreedor; d) Que los artículos 1.166 y 1.169 reconocen en cierto modo ser precisa la anuencia del que debe cobrar, cuando se paga cosa distinta de la pactada o se hace el abono parcialmente, como ocurrió en esta ocasión que se satisfizo la deuda en papel, contra lo contratado, sin incrementar las diferencias por valoración.

A continuación, la Sala declara que el consentimiento del acreedor respecto al pago era viciado por intimidación.

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1944.—*Interpretación de testamento.*

Es clave del presente recurso la interpretación que deba darse al testamento que en 1897 otorgó D. Francisco Chacón, en el que, después de instituir a uno de sus hermanos heredero en usufructo de casi todo el caudal hereditario, dispuso de la nuda propiedad de los mismos bienes en los siguientes términos: «En su deseo, y así lo ordenaba expresamente, que la propiedad de los bienes inmuebles y derechos reales que haya de usufructuar el repetido su señor hermano se distribuya en cuatro porciones iguales y se aplique, una desde luego, en ambos dominios al mismo D. José por su calidad de usufructuario, y las tres restantes a cada cual de sus tres hermanos los señores doña María del Carmen, D. Martín y D. Antonio Chacón. Si ocurriese el fallecimiento de los cuatro herederos en propiedad sin dejar alguno de ellos sucesión, su parte acrecerá la de los demás, y si la tuvieren los herederán por derecho de representación sus descendientes.»

Para situar la «quaestio facti» conviene también recordar como antecedentes indiscutidos: a) Que el testador falleció en el año 1911 sin modificar la co-

piada disposición *mortis causa*, sobreviviéndole sus cuatro hermanos, los cuales practicaron en el siguiente año la partición de la herencia y en ella fueron adjudicadas en nuda propiedad a D. Antonio Chacón doce fincas; b) Que estas fincas fueron inscritas en el Registro a nombre del D. Antonio, incorporando a la inscripción la cláusula referida; c) Que en el año 1915, por medio de apoderado, D. Antonio vendió la nuda propiedad de las doce fincas, y tanto en la escritura pública como en la inscripción se hizo constar que la venta quedaba sujeta a la condición resolutoria de que el vendedor falleciese dejando descendencia, condición que fué reproducida en sucesivos títulos de venta e inscripción de dichas fincas entre los años 1925 y 1939, ya consolidada la nuda propiedad con el usufructo por el fallecimiento en 1919 del heredero usufructuario D. José Chacón; y d) Que D. Antonio Chacón falleció intestado en 1923, dejando una hija—la demandante—, la cual obtuvo en 1940, por solicitud dirigida al Registrador de la Propiedad, la cancelación de las inscripciones extendidas a su favor de los cuatro demandados, llevadores de las fincas, y la inscripción de las mismas a su nombre, iniciando después este pleito para reivindicarlas.

Con estos sucintos antecedentes la «quaestio juris» del pleito y del recurso está toda ella supeditada a precisar si la intención del testador fué referir el evento del fallecimiento de alguno de sus hermanos, con sucesión o sin ella, a momento anterior al de la muerte del propio causante para que en ese preciso momento, y no después, entrasen en juego los derechos de acrecer y de representación que la cláusula testamentaria estableció (tesis de la sentencia recurrida), o si más bien fué voluntad del testador remitirse a la muerte de alguno de sus hermanos, desconectada o con entera independencia de la fecha, anterior o posterior en que él pudiera fallecer (tesis del recurso).

La diversidad de criterios interpretativos, manifestados ya en vía extrajudicial desde el fallecimiento del testador y mantenidos después en el pleito, bastaría para estimar que si «prima facie» pudieran parecer claros los términos literales de la cláusula testamentaria en el sentido de que el fallecimiento de los hermanos no se supeditó al del testador, se aprecia, a poco que se medite, que la interpretación literal por sí sola no ofrece encauzamiento jurídico adecuado a la última voluntad del causante, porque, en efecto, es evidente el propósito que animó al testador de favorecer con su herencia a sus hermanos y sobrinos, mas si se entendiese que al establecer los derechos de acrecer y de representación en beneficio, respectivamente, de unos y de otros, quiso que estos derechos entrasen en ejercicio al fallecer alguno de sus hermanos con posterioridad a la muerte del mismo testador, se habría frustrado aquel propósito, y tanto el acrecimiento como la representación ordenados en el testamento perderían toda su eficacia ante la Ley, que matiza aquellos derechos con la nota esencial de premorencia del instituido, entre otros supuestos de acrecimiento y representación que no rezan con el caso de autos (arts. 924 y 928 del Código civil).

En otro aspecto, la vocación hereditaria de D. Antonio Chacón pudo ser concebida en la mente del testador, bien atribuyéndole la titularidad de un derecho sucesorio con plenas facultades dominicales, bien con limitadas facultades de disfrute para conservar y retransmitir la herencia por su fallecimiento a quien fuese llamado en segundo lugar por el testador, y si el primer supuesto nunca se podría dar en el caso de que la plenitud de facultades dominicales hubiese de ser adquirida por el D. Antonio cuando falleciese, porque faltaría ya el sujeto real del derecho hereditario y hasta la ficción de la supervivencia del fallecido en su propio patrimonio pugnaría con los derechos de acrecer y representación previstos para tal caso en la cláusula testamentaria, en el segundo de los citados

supuestos habría de ser considerado el D. Antonio heredero fiduciario de una institución fideicomisaria tácita que no surtiría efecto como comprendida en el número primero del art. 785 del Código civil, ni en todo caso heredaría su hija, 'a demandante, por representación, como fué llamada a la herencia, sino por propio derecho de heredera fiduciaria de su tío D. Francisco, por lo que también en este sentido saldría al paso la Ley impidiendo la eficacia de lo querido por el testador si efectivamente hubiera previsto la supervivencia de D. Antonio para que pudiera heredar a aquél la hija de éste.

Si por el cauce exclusivo de la interpretación literal no se puede llegar a un ordenamiento de la última voluntad del causante amparado por la Ley, habrá precisión de conjugar a la vez el sentido literal y el sentido lógico de la cláusula transcrita para dar con la fórmula interpretativa que rinda jurídicamente eficaz la reglamentación de lo que el «de cuius» quiso que rigiese después de su muerte, y en este sentido se ofrece claro y expedito el llamamiento de los hermanos y sobrinos a la herencia si se remite el acontecimiento de la muerte de alguno de aquéllos a momento anterior al fallecimiento del causante, porque únicamente así adquieren vida adecuada los derechos de acrecer y de representación establecidos, llenando este último en particular la finalidad de que la hija de don Antonio pudiese llegar a ser heredera si su padre premuriese al testador, pues ante este suceso la hija sólo podrá heredar en virtud del llamamiento hecho a su favor en el testamento como ascendiente de un heredero voluntario (artículos 675 y 766 del Código civil).

Fijada así la voluntad del testador, no hay dificultad alguna en la construcción jurídica de la institución hereditaria, en atención a que si el hecho de la muerte en sí mismo no es incierto, existe incertidumbre cuando este acaecimiento se remite a un momento determinado, como el de la supervivencia de una persona respecto de otra—«incertus an, incertus quando»—, mas esta incertidumbre no imprime carácter de condición propiamente dicha a la institución de heredero—«conditio facti»—, sino que merece la calificación de condición impropia o aparente, porque el evento de que el instituido sobreviva al testador es presupuesto que va implícito «ex lege» en la efectividad de toda institución testamentaria, aunque de todas suertes, ya se tratase de condición de tipo suspensivo, ya de presupuesto «ex lege» o «conditio juris», el hecho de que D. Antonio ha sobrevivido al testador determinó la purificación de su derecho hereditario con plenitud de facultades dominicales, quedando así excluida de la sucesión del «de cuius» la hija de aquél—la demandante—que había sido llamada a heredar en vocación simultánea con su padre para el caso de que éste premuriese y no pudiera heredar, lo que implica vocación doble o institución única, similar en sus efectos a la típica sustitución vulgar, en cuanto la entrada de la demandante en la herencia no se operaría, en su caso, por el propio derecho de heredera sustituta, sino por la vía que el testador estableció del derecho de representación (art. 774 del Código civil).

Si la voluntad del testador ha sido llamar a su herencia a los descendientes de su hermano D. Antonio para el caso de que éste premuriese al causante y tal acaecimiento no se produjo, D. Antonio recibió la herencia puramente y pudo enajenar sin limitación alguna la nuda propiedad de las fincas que le fueron adjudicadas en la partición de la herencia de su hermano D. Francisco, sin que la circunstancia de que en la venta realizada por un apoderado de aquél, con extralimitación o sin ella, y en las ventas sucesivas se hiciese constar que las enajenaciones se sujetaban a la condición resolutoria que dimanaba del testamento, porque como en este caso no hay tal condición, el error de calificación jurídica padecido por los interesados y acatado por los funcionarios que intervi-

nieron en las ventas y en la inscripción no pueden convalidar en derecho un efecto jurídico que no arranca del título en que se quiso fundar, ya que en nuestro sistema inmobiliario la inscripción no convalida el título que llega al Registro con vicio de nulidad, aunque acreciente su valoración en algún especial aspecto—artículos 33, 34, 24, 42, y 82 de la Ley Hipotecaria—, y en su virtud procede desestimar todos los motivos del recurso en los que se mantienen tesis contrarias a las expuestas sobre interpretación de la cláusula testamentaria, sobre institución de heredero en favor de D. Antonio bajo condición resolutoria de que falleciese con posterioridad al testador con sujeción o sin ella, y sobre eficacia de la inscripción de las doce fincas a favor de la demandante por cumplimiento de la aludida condición resolutoria como título de la actora para reivindicarlas.

SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1944.—*Mandato y poder.*

La distinción tan claramente trazada por la doctrina moderna y por la jurisprudencia de esta Sala entre el mandato y el poder de representación como negocios jurídicos independientes entre sí que tienen presupuestos diversos, diferente contenido y distintos efectos, no puede ser entendida, por modo alguno, en el sentido que apunta este recurso que enfrenta el contrato de mandato, considerando como relación bilateral y esencialmente revocable, establecida generalmente en interés exclusivo del mandante, con el poder de representación conceptualizado como acto o relación unilateral que puede ser irrevocable y estar establecido en beneficio exclusivo del apoderado, pues lo cierto es que el *mandato* (relación interna y material de gestión, constituida contractualmente) admite las más diversas modalidades por razón del interés que en el asunto, objeto del mismo, tengan el mandante, el propio mandatario o los terceros, las cuales pueden justificar en muchos casos la oportunidad del pacto de irrevocabilidad del *mandato*, que habrá de ser admitido como lícito, en tanto sea conforme con la finalidad práctica perseguida y no esté en oposición con la moral, y a su vez el *poder de representación* (acto o negocio meramente formal y que trasciende a la esfera exterior, pues tiene como efecto propio ligar al representado con los terceros, mediante la estimación de que los actos jurídicos que el representante concluya en nombre del representado y estén dentro del ámbito del poder, habrán de ser considerados, en cuanto a sus efectos, como si este último los hubiese por sí realizado) puede ir unido a relaciones jurídicas causales de muy diverso y posiblemente complejo contenido, que habrán de influir, como ya estableció la sentencia de esta Sala de 22 de mayo de 1932, sobre su revocabilidad e irrevocabilidad.

SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1944.—*Arrendamiento e incautación de la finca arrendada para fines de guerra.*

La sentencia recurrida, en cuanto no da lugar al pago de las rentas correspondientes al tiempo que duró la incautación de los locales arrendados por la Junta de Donativos del Ejército del Sur, lejos de infringir, por aplicación indebida, al artículo 1.560 del Código civil, se ajusta a la orientación marcada en el mismo, puesto que este precepto legal dispone que el arrendatario tiene acción contra el tercero perturbador de mero hecho en la posesión de la finca arrendada, pero no contra la Administración o contra los que obran en virtud de un derecho que les corresponde, y aquí la perturbación que experimentó el arren-

dador en su posesión como consecuencia de la requisita, no puede calificarse como de mero hecho conforme al citado artículo, puesto que la finca fué requisada por la Autoridad militar para fines de guerra, de donde se sigue que el arrendatario tenía que soportar la privación de su tenencia material a través del arrendador, con quien ha de entenderse la requisita de la cosa arrendada. Privado el arrendador por tal hecho del disfrute de ésta, es manifiesta la imposibilidad en que se vió de cumplir la tercera de las obligaciones que le imponen el artículo 1.554 del Código civil, la obligación (la de mantener al arrendatario en el disfrute de la casa arrendada), que ha de entenderse recíproca de la de pago de renta pactada que impone al arrendatario el número 1.º del artículo 1.555 de dicho Cuerpo legal, y por ello no puede ser exigida. Aunque no sean estrictamente aplicables al caso los artículos 1.124, 1.556 y 1.568, que se citan como infringidos por el recurrente, suponiéndose que a ellos ha entendido referirse la Audiencia (lo que impediría, en todo caso, la estimación del recurso por este motivo; ya que dichos artículos no se citan en la sentencia de instancia), es evidente que ellos proclaman la reciprocidad de las obligaciones entre arrendatario y arrendador, y en este sentido, tratándose de un incumplimiento inculpable de contrato, pueden servir, como también el 1.558, en cuanto prevé la reducción de rentas o posible restricción del contrato cuando el arrendatario se ve privado, por obras realizadas en la finca arrendada, del disfrute de ésta, pueden servir—decimos—de fundamento, con los demás preceptos invocados, a una excepción, sobre todo cuando los artículos 157 y 158 del Reglamento de Requisa de 13 de enero de 1921 estatuyen claramente que las requisas de edificios se hacen a la propiedad y es el propietario el que puede pedir indemnización, uno de cuyos elementos es el precio de alquiler que le sea satisfecho por el inmueble incautado.

En cuanto a la infracción, también alegada, del citado Reglamento y de sus disposiciones concordantes, no puede ser estimada, desde el momento en que, según se expresa en el oficio de la Capitanía General obrante en autos, la requisita se verificó sin cumplir los requisitos legales por la circunstancia en que se encontraba Sevilla; pero, además, normas posteriores han purificado estas incautaciones de los defectos de que adolecieran, según se deduce de la atenta lectura del Decreto de 9 de septiembre de 1939 y del de 6 de noviembre de 1942; pero, en todo caso, tales infracciones meramente reglamentarias en tiempo de guerra civil no quitarían a la requisita el carácter de perturbación que no puede calificarse de mero hecho, y de la que, por lo tanto, no puede responder el arrendatario, según se da dicho más arriba.

Aun cuando los demandados no pusieran en conocimiento del dueño de la finca la requisita de ésta, a lo que, según se sostiene por el recurrente, les obligaba el artículo 1.559 del Código civil, ello no puede obstar, en el presente caso, a la exención del pago de la renta por ocupación del inmueble por la Administración, porque, en primer término, lo que dice dicho precepto legal es tan sólo que los perjuicios que se irroguen por la dilación en poner la usurpación o novedad dañosa en conocimiento del arrendador (y es dudoso que tenga la requisita tal concepto) sean de cuenta del arrendatario, y porque desde el momento en que la ocupación de la finca arrendada fué un hecho notorio en Sevilla, y del que se estima debió tener conocimiento el arrendador, y teniendo en cuenta, además, que tal medida no pudo lógicamente ni debió ser resistida en aquellas circunstancias, carecía de finalidad el aviso, por lo que es manifiesto que no puede impedir dicho artículo la aplicación de la exención de renta concedida por la sentencia.

SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1944.—*Retracto enfiteúutico.*

En el caso de autos, un enfiteuta había enajenado el dominio útil con la estipulación de que el comprador pagara el precio a plazos, quedando hipotecado el dominio útil en garantía de pago. El propietario directo ejerció el retracto. La controversia gira en torno de la cuestión de si el retrayente debe consignar todo el precio o si puede beneficiarse de la ventaja del pago a plazos. El Tribunal Supremo resuelve el proceso en el último sentido, aplicando al retracto enfiteúutico el artículo 1.521 del Código civil.

SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1944.—*Venta bajo condición suspensiva.*

La testadora dejó al padre de la actora, en concepto de legado, una finca para que la administrara durante treinta años, aplicando sus productos a una obra benéfica. Después de este tiempo adquiriría el mismo legatario, si viviera, o sus causahabientes el derecho a disponer de la finca, debiendo aplicar su importe a la misma obra benéfica. El legatario vendió, antes de cumplirse los treinta años, la finca a la demandada, haciendo constar en la escritura las mencionadas cláusulas testamentarias. Antes de transcurrir los treinta años, el legatario falleció. En el pleito presente, su hija reivindica la finca de la compradora.

El Tribunal Supremo da la razón a la actora. El legatario vendió la finca bajo la condición suspensiva de vivir después de treinta años a partir del fallecimiento de la testadora. Al no cumplirse esta condición, el derecho expectante de la demandada quedó extinguido.

SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1944.—*Derecho a litisexpensas.*

Conforme a la doctrina de las sentencias de 26 de enero de 1897, 9 de octubre de 1907 y 29 de abril de 1926, la mujer tiene derecho a pedir litisexpensas, cualquiera que sea el régimen de bienes del matrimonio, ya que el artículo 60 del Código civil y el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento civil son de general aplicación, y porque la obligación del marido de satisfacer litisexpensas tiene su base en la especialidad del vínculo matrimonial.

SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1944.—*Transporte ferroviario, intereses de mora.*

En cuanto al contrato de transporte terrestre, la sentencia establece, en primer lugar, la incompatibilidad que existe entre los artículos 351 y 359 del Código de Comercio, puesto que el primero enfoca la hipótesis de que no se conviene una determinada tarifa, mientras que el segundo supone la existencia de un pacto que fija la ruta a seguir; en segundo lugar, declara la imposibilidad de sustituir los artículos 363 y 361 del mismo Cuerpo legal por diferentes disposiciones de un Proyecto que no consiguió convertirse en Ley.

En lo que atañe a los intereses de mora, la sentencia sostiene que las cantidades ilíquidas no pueden dar lugar al pago de intereses, conforme ya mantiene la sentencia de 4 de octubre de 1915, pese al artículo 63 del Código de Comercio y al 1.100, número 1.º, del Código civil.

SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1944.—*Comunidad de gananciales.*

Las primas pagadas con cargo al fondo común de la sociedad de gananciales en un seguro de vida contratado por los dos esposos conjuntamente, en provecho del que sobreviviera, son colacionables en la liquidación de la sociedad, por el espíritu que informa el artículo 1.419, párrafo 2.º, del Código civil, evitándose así un posible abuso en la facultad de disposición de los gananciales.

SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944.—*Tercero hipotecario.*

La sentencia reitera la conocida jurisprudencia conforme a la cual, el adquirente que tuvo conocimiento de las causas de nulidad, aunque éstas no aparezcan del Registro, no puede invocar la cualidad de tercero, conciliándose así, como dice la sentencia de 12 de enero de 1943, el debido respeto a la seguridad registral con exigencias éticas ineludibles.

SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944.—*Partición de herencia; compromiso menos solemne.*

Si bien, en términos generales, es la disposición testamentaria la norma reguladora de la sucesión, es igualmente cierto que los interesados, procediendo de común acuerdo, pueden fijar con plena eficacia normas distintas de las ordenadas en el testamento, en cuanto concierne a la distribución del caudal hereditario, a falta de personas con derecho a impugnar tal acuerdo, y así lo declaró esta Sala en sus sentencias de 2 de marzo y 7 de noviembre de 1935; de donde se sigue, con relación al caso ahora controvertido, que, prestada por el contador testamentario su conformidad al cuaderno particional redactado por la persona designada a tales fines por la viuda y los hijos del testador, únicos herederos instituidos, es indudable que a dicho cuaderno particional están obligados a atenerse, sin que en contrario quepa argüir que el convenio de actuar las operaciones divisorias en aquél convenidas carecía de los requisitos de forma necesarios en un contrato de compromiso, pues, como también tiene establecido esta Sala en diferentes sentencias—las de 29 de marzo de 1911, 24 de junio de 1927 y 14 de marzo de 1933, entre otras—, es válido el pacto por el cual los contratantes convienen en autorizar un tercero para dirimir las cuestiones que entre ellos existan o puedan existir, pactos los de esta naturaleza que, por tener distinto alcance y finalidad que los compromisos regulados como juicios especiales en la Ley procesal y en el Código civil, no están sometidos a lo dispuesto en los artículos 1.820 y 1.821 del últimamente citado Código.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1944.

EN EL CASO DE QUE LA OBLIGACIÓN REGLAMENTARIA DEL PAGO DEL IMPUESTO RECAIGA EN PERSONA QUE EN EL CONTRATO LIQUIDADO HAYA PACTADO QUE EL OTRO CONTRATANTE ES EL OBLIGADO AL PAGO, ÉSTE PUEDE RECURRIR CONTRA LA LIQUIDACIÓN, AUNQUE HAYA SIDO GIRADA A NOMBRE DE AQUÉLLA.

Antecedentes.—La Federación Montañesa Católico-Agraria constituyó una hipoteca sobre sus bienes, en garantía de un préstamo hecho por el Banco de España, y presentada la escritura de constitución a liquidación del impuesto, la Oficina liquidadora giró por el concepto de hipotecas al 1 por 100 la liquidación correspondiente, a nombre del Banco de España, como adquirente del derecho.

La expresada Federación entabló recurso contra tal liquidación, fundada en que el acto estaba exento del impuesto, conforme a la Ley de 28 de enero de 1906 y al número 9.º del artículo 3.º de la Ley del impuesto, interpretado por la Circular de la Dirección General de lo Contencioso de 23 de junio de 1928, y añadió que aunque la segunda Ley citada restringe la exención de los casos en que el Sindicato sea la persona obligada al pago, y en el caso la liquidación se giró a nombre del Banco, es lo cierto que, según pacto expreso de la escritura de hipoteca, el obligado a pagar todos los gastos inherentes al otorgamiento del contrato es el aludido Sindicato o Federación. Además, alegó el número 20 del citado artículo 3.º de la Ley del impuesto, aplicable por analogía, en cuanto declara exentos los contratos de préstamo de las Cajas Raiffeisen.

Este recurso fué desestimado por el Tribunal Económicoadmi-

nistrativo provincial, con apoyo en el artículo 59 del Reglamento. Según él, el impuesto ha de satisfacerse por las personas a cuyo favor se transmitan o reconozcan las cosas o derechos, cualesquiera que sean las estipulaciones que en contrario establezcan las partes; y como en el caso el obligado al pago es el Banco de España, no cabe aplicarle la exención del artículo 3.º, número 9.º, invocada, ni tampoco la del número 20 del mismo artículo, porque no está demostrada la analogía entre la entidad reclamante y las Cajas Raiffeisen.

Tal resolución fué recurrida ante el Tribunal Central sin formular nuevas alegaciones, el cual desestimó el recurso de alzada y confirmó el fallo recurrido, si bien se fundó exclusivamente, sin entrar en el fondo del asunto, en la falta de personalidad de la entidad reclamante.

Para ello tuvo en cuenta que la liquidación impugnada no estaba girada a nombre de la Federación Montañesa, sino al del Banco de España, y, por tanto, según el artículo 15 del Reglamento de Procedimiento Económico-administrativo, en relación con el 207 del Reglamento del impuesto, sólo ese Banco era el que podía ostentar personalidad para reclamar una liquidación a su nombre, y que, por añadidura, aparece pagada por él.

Ese acuerdo del Tribunal Central fué objeto de recurso contencioso-administrativo ante a Sala Tercera del Tribunal Supremo, con la súplica de que se declarase que la Federación recurrente tenía personalidad para impugnar la liquidación y también de que se resolviese el fondo del asunto.

A la demanda se acompañó justificación documental de que en la escritura de hipoteca constaba pactada la obligación del pago del impuesto por la Federación prestataria y acreditando también que el Banco de España nada había pagado por tal concepto.

En la sentencia no constan los argumentos o alegatos de la demanda, y la Sala, sin otros antecedentes que los que en síntesis acabamos de exponer, empieza por sentar que el único aspecto que puede ser examinado por ella es el de la personalidad de la demandante, y añade que la falta de personalidad alegada no se deduce de defecto procesal en relación con el carácter o la representación de aquélla, sino del supuesto de que la Federación Montañesa carecía de acción o de derecho para obtener lo que pretende.

Eso supuesto, dice que, en efecto, es cierto que el artículo 59 del Reglamento del impuesto dispone que el obligado a satisfacerlo es aquel en cuyo favor se reconozcan o adjudiquen bienes, créditos o derechos, cualesquiera que sean las estipulaciones en contrario que entre sí establezcan las partes, con las excepciones que el mismo artículo señala, que no se refieren al caso de hipotecas, y, por consiguiente—sigue diciendo la Sala—, el Banco de España, a cuyo cargo se ha girado reglamentariamente la liquidación por constitución de hipoteca a su favor, es la entidad obligada al pago, y contra ella se hubiera dirigido el procedimiento de apremio si el pago no se hubiera hecho en el plazo legal, sin que lo concertado en la escritura de hipoteca en cuanto a la obligación de pagar los impuestos la pres-tataria, ni el de que, en cumplimiento de ese pacto, el pago lo haya efectuado ésta, enerve la eficacia de la citada disposición reglamentaria. Ello—continúa diciendo—podría originar una reclamación de índole civil entre los contratantes, pero no afectaría en modo alguno a las relaciones que la Ley establece entre la Administración y los contribuyentes.

No obstante los precedentes razonamientos, la Sala entiende que no sólo impiden, sino que obligan a estudiar las especiales características de la reclamación estudiada; la cual—dice—presenta un aspecto más complejo del que fué tenido en cuenta por la Administración al resolver la alzada, puesto que la Federación no se limita a pedir la devolución de cantidades ingresadas en el Tesoro por liquidaciones practicadas a cargo del Banco de España, sino que trató de recabar un derecho administrativo que supone se ha vulnerado y estima reconocido en los preceptos de la Ley a que antes nos hemos referido. Planteada la cuestión en esos términos, la sentencia entiende que no cabe dudar que la Federación Montañesa, con independencia de lo que atañe a la nulidad de la liquidación, «reclama contra la negativa de una exención a la que cree tener derecho por ser parte en el acto liquidado y por hallarse contractualmente obligada al pago», así como tampoco cabe dudar de que el hecho de practicar una liquidación en un documento como el aludido supone una previa determinación tácita de la Oficina liquidadora, denegatoria de una exención, con desconocimiento de un derecho que sólo a la Federación demandante le incumbe defender. En su consecuencia, al negarle personalidad, equivalente en este caso a acción,

para reclamar, se le impide defender aquellos privilegios que estima le concede la Ley.

Eso supuesto, la facultad de accionar contra el acto administrativo que desconoce esos derechos está reconocida en el artículo 15 del Reglamento de Procedimiento Económico-administrativo, que autoriza la impugnación de los actos administrativos por todas las personas a cuyos intereses afecten de un modo directo; siendo de advertir—continúa diciendo la Sala—que así lo entendió la misma Administración cuando, por su órgano el Tribunal provincial, resolvió en primera instancia el fondo del asunto.

En definitiva, la Sala declara que la Federación Montañesa tiene personalidad y acción para recurrir contra la liquidación mencionada, y, revocando la resolución del Tribunal Central, manda que la Administración resuelva sobre el fondo del asunto y se pronuncie sobre si es o no aplicable al caso la exención del impuesto.

Comentarios.—La precedente sentencia ofrece dos puntos de meditación, cuales son la inteligencia de los artículos 59 del Reglamento del impuesto y 15 del Reglamento de Procedimiento, éste en relación con el 207 de aquel otro Reglamento.

El texto del artículo 59 no puede ser más claro: el impuesto ha de pagarlo, y a él se le ha de girar la liquidación, en términos generales, por el que adquiera el bien o derecho de que se trate, y ello con independencia de los pactos que los contratantes establezcan. Según eso, en el caso presente no había ante la Administración más contribuyente que el Banco de España. La Federación Montañesa, afectada o no en virtud del pacto, no contaba para nada ante la Administración, y de ahí que el Tribunal Central estimase la falta de personalidad de la entidad reclamante al no aparecer ante aquélla como contribuyente y, por lo tanto, despojada de interés directo, como exige el artículo 15 del segundo de los Reglamentos citados, cuando dice que las reclamaciones contra los actos administrativos las pueden promover todas las personas a cuyos particulares intereses afecten aquéllos de un *modo directo*.

Esa parece ser la tesis del Tribunal Central, expuesta con más amplitud de la que aparece en los términos de la sentencia comentada; pero, frente a ella, sienta ésta su criterio dispar, apoyado en lo dispuesto en el citado artículo 15 del Reglamento de Procedimiento. No se puede negar—dice—que a la Federación le asista

acción para reclamar, porque el problema planteado encierra un pronunciamiento que no se limita a dilucidar si el Banco de España debe o no pagar y si deben o no devolverse las cantidades pagadas, sino que reclama contra la negativa de una exención que, a su juicio, le está atribuida a ella por la Ley, y en tal sentido no puede negarse que sus intereses particulares están afectados de un modo directo por el acto discutido.

Ante esos dos puntos de vista, nosotros nos inclinamos por la solución dada por el Tribunal Supremo, porque entendemos que no se pueden ligar indisolublemente los artículos 59 y 207 del Reglamento de Procedimiento. El primero no quiere decir ni dice sino que el Fisco exigirá el impuesto siempre, en términos generales, al adquirente, aunque éste y el transmitente hayan pactado otra cosa, pero esto no quiere decir que al lado de ese problema de cuál ha de ser la persona contra la que se pueda dirigir la Hacienda, no exista otro, previo o más fundamental, como es de determinar si el acto, por razón del privilegio de que disfrute el transmitente, debe o no tributar por uno u otro tipo o estar exento de tributación.

Esto ha de poder discutirlo, claro es, el adquirente obligado reglamentariamente al pago; pero ¿no ha de poder discutirlo el transmitente cuando, como en el presente caso ocurre, a él le está atribuida la exención por razón de su condición?

Reparemos que si, en tal supuesto, se le niega la personalidad, o, lo que es igual en este caso, la acción, quedaría indefenso el Sindicato y privado de procedimiento para discutir con el Banco de España si, no obstante la obligación contractual que con él estipuló sobre pago de gastos e impuestos, pesaba sobre él la de satisfacer la liquidación discutida.

El Banco podría decir al Sindicato: «He aquí lo que he pagado por derechos reales y lo que, por tanto, tienes que pagarme en virtud de lo convenido en la escritura de constitución de hipoteca»; y, ante eso, al Sindicato le cabría argüirle al Banco diciéndole que si pagó, lo hizo indebidamente, porque el acto estaba exento, o lo que es lo mismo, que aquel convenio no podía referirse al pago de impuestos de los que el Sindicato estuviese exento.

A primera vista, parece que la cuestión derivaría en una cuestión entre partes, del orden civil, a la que sería ajena la Hacienda y los organismos y Tribunales jurisdiccionales del orden económico y

contencioso administrativo; pero esto, bien mirado, no es así, porque como su solución depende de saber si el acto de constitución de la hipoteca está o no exento, nada se adelantaría con plantear el problema ante la jurisdicción ordinaria, ya que ésta no podría dilucidar ese punto, y sin dilucidarlo, nada podría resolver y tendría que declararse incompetente.

Está claro, pues, que por ese camino llegaríamos a la indefensión del transmitente; y como fuera de esa trayectoria procesal no queda otra que la seguida por el Sindicato recurrente ante la jurisdicción económicoadministrativa, que es la única que puede decidir sobre la posible aplicación de la exención, está claro también que no se puede negar la acción para recurrir, so pena de admitir el absurdo de que pueda existir un supuesto derecho sin causa procesal para discutirlo.

Expuesto nuestro criterio sobre lo fundamental del problema, no queremos terminar el comentario sin hacer una breve referencia a la confusión que puede originar en el tecnicismo procesal corriente la aplicación que el Reglamento de Procedimiento Económicoadministrativo da a la *personalidad*. Este concepto, para él, es sinónimo de acción, o al menos en él comprende también el de *acción*, cuando habla de carencia de aquélla.

Este criterio, como ya hicimos notar en el número 172 de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO correspondiente al mes de septiembre de 1942, desentona con el que normalmente admite la Ley procesal civil y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, según el cual son conceptos perfectamente distintos los de acción y personalidad.

Al que reclama, como aquí ocurre, en nombre propio, derechos que le pertenecen, no se le puede decir, hablando con rigor procesal, que carece de personalidad. En tal caso, de lo que podía adolecer es de falta de acción, nacida de que carezca de título o causa de pedir. Por eso, en el caso estudiado, aunque el Tribunal Central razonó sobre la carencia de personalidad, la Sala se cuidó de decir que si bien se hablaba de personalidad, ésta, lo que verdaderamente engendraba era falta de acción, y que sobre esto versaba el problema.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1944.

PARA RECURRIR ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSOADMINISTRATIVA CONTRA LAS LIQUIDACIONES POR EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, ES INDISPENSABLE EL PREVIO PAGO DE LAS CANTIDADES LIQUIDADAS.

Antecedentes.—La doctrina de esta sentencia, que acabamos de exponer en el encabezamiento, es tan corriente y tan conocida, en cuanto se refiere a toda clase de recursos ante la jurisdicción contenciosoadministrativa, contra la exacción de todos los impuestos y contribuciones del Estado, a diferencia de lo que ocurre con la misma clase de exacciones de carácter municipal—al menos mientras continúe en vigor el Reglamento vigente de Procedimiento municipal—, que no la consignaríamos si no fuera en razón a las particularísimas circunstancias de hecho que en el caso concurren, puesto que, como vamos a ver, si bien se trata de dos exacciones, ellas se refieren al mismo acto genérico liquidable y por los mismos conceptos, y una de ellas está ingresada y la otra pendiente de pago, lo cual hace que el caso pueda quedar, a primera vista, fuera del espíritu del artículo 6.º de la Ley procesal de lo contenciosoadministrativo y de los artículos 8.º y 262 del Reglamento de la misma, que son los que taxativamente exigen el previo pago de la cantidad a que la exacción recurrida se refiera, para poder entablar el recurso ante esa jurisdicción.

Dicho eso, vengamos a los antecedentes: el 12 de agosto de 1931, don M. M. presentó, en la Oficina liquidadora de Ocaña, un escrito declarando, como heredero de doña C. A., los bienes constitutivos de la herencia de esta señora, con todos los detalles del caso, cuyo documento fué liquidado en la misma fecha de su presentación e ingresadas oportunamente las liquidaciones procedentes.

Con anterioridad a dicha fecha, o sea el 8 del mismo mes, fué presentada en la Oficina liquidadora de Madrid la partición de la misma herencia, hecha en escritura pública, la cual fué liquidada el día 10 siguiente.

Así las cosas, don M. M. presentó, en 30 de enero de 1933, un escrito a la Oficina liquidadora de Madrid, diciendo que había sido

requerido en procedimiento ejecutivo, como heredero de la expresada señora doña C. A., para hacer efectivas las liquidaciones giradas en Madrid como consecuencia de la escritura de partición antes referida. Y como, según decía, ya tenía satisfecho el impuesto transmisorio en Ocaña por la misma herencia, cuya Oficina liquidadora era, a su juicio, la competente para practicar la liquidación, solicitaba la nulidad de las liquidaciones giradas en Madrid y la validez de las giradas e ingresadas en Ocaña.

El Delegado de Hacienda desestimó la petición, y recurrido el acuerdo ante el Tribunal Económicoadministrativo provincial, éste la desestimó también, y en el mismo sentido se produjo el Tribunal Central, el cual resolvió que la Oficina competente era la de Madrid y que la liquidación por ella practicada era la eficaz, todo ello sin perjuicio de que el recurrente pidiese la devolución de lo pagado por las liquidaciones giradas en Ocaña.

Este acuerdo del Tribunal Central fué recurrido ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, la cual se declaró incompetente para conocer del fondo del asunto, acogiendo la excepción propuesta por el Fiscal, fundada en no haber sido ingresadas las liquidaciones recurridas, como es preceptivo para poder acudir a la jurisdicción contenciosoadministrativa, cuando se discute la obligación de tributar por las contribuciones e impuestos del Estado.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

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

V A R I A

GIOVANNI PACHIONI : *Breve historia del Imperio romano*. Editorial «Revista de Derecho Privado».

El núcleo de este libro, breve por el número de páginas, pero denso de fondo, fué un curso de lecciones de Historia jurídica, profesado el año 1900 en la Universidad de Innsbruck, refundido luego en la segunda edición del *Curso de Derecho romano* y reelaborado más tarde en el *Curso de Historia e Instituciones* del famoso romanista y catedrático de Milán.

Obra de un entusiasta del Derecho y de las antigüedades patrias, que declara con toda sinceridad que la Historia es intuición y creación subjetiva que pertenece al campo propio de las artes y de la adivinación, más que al de la Ciencia, no por eso pierde de vista la realidad de los fenómenos. Basta, para convencernos de la objetividad del relato, echar una mirada a la copiosa bibliografía con que termina cada capítulo, donde figuran más nombres extranjeros que italianos y todos de una probidad científica insuperable : Mommsen, con sus monumentales investigaciones ; Cluver, *Italia antigua* ; Niebuhr, que abrió una nueva era a los estudios romanos ; Seeck, *Historia de la decadencia del mundo antiguo* ; Félix Dahn, con los doce tomos sobre los reyes germanos, las conferencias y las lecturas de las Universidades de Oxford y Cambridge, y el Estado Mayor de los Centros históricos italianos : E. Pais, G. de Sanetis, Fraccaro, Betti...

Para nosotros, los españoles, hay vacíos que se hallan suficientemente justificados por el carácter de esta narración de un jurista.

Apenas si el nombre de la Península aparece citado en las guerras púnicas y en la vida de Trajano.

Por otra parte, el papel del Cristianismo, anunciado y no tratado en el capítulo XVI, bien merecía expresiones más cordiales que las siguientes: «No es oportuno detenernos aquí en los orígenes del Cristianismo, en las causas que favorecieron su definición y en la posición que frente a él adoptaron los emperadores romanos.»

Pero pongamos de relieve, no obstante, la documentación espléndida empleada por el autor y la magia con que el mismo eleva sus afirmaciones a la categoría de pensamientos trascendentales.

ANTONIO FERRER SAMA, Catedrático de Derecho penal: *El delito de apropiación indebida.*

El Código penal que acaba de ser derogado no conocía la figura específica que el autor estudia y castigaba a los que, en perjuicio de otro, se apropiaren o distrajeran dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que tuviesen obligación de entregar o devolver, como reos de estafa (ap. 5.º del artículo 523), y a los que se apoderasen de cosa perdida, bajo la rúbrica de hurto (ap. 2.º del artículo 505).

La distinción que todos los pueblos, desde el romano, establecen entre *posesión civil* y *detentación*, nos lleva a la conclusión lógica de que si la cosa objeto del delito ha llegado a manos del culpable por haberla sustraído de quien anteriormente la detentaba, el delito será el de *hurto*, y si, por el contrario, ya estaba en su poder material y se la ha apropiado, el delito será el de *apropiación indebida*.

Puesta de relieve la confusión, el autor pasa a examinar como presupuestos del delito el usufructo, la prenda, el depósito, el arrendamiento, la aparcería, la sociedad, el mandato, la gestión de negocios, la comisión mercantil, el comodato, el precario, el cobro de lo indebido y la compraventa, comprendidos en el tipo *apropiación indebida común*, y al desenvolver el *objeto material* (la cosa susceptible de apropiación), enfoca el tema de la sustracción de energía eléctrica. Por último, ataca el difícil tema de la apropiación de la cosa perdida, con especial consideración del tesoro oculto, donde los civilistas y penalistas españoles, ni han profundizado suficientemente las funciones de las distintas actividades puestas en juego, ni han logrado captar la consecuencia popular ni la científica.

¿Cuántos españoles conocen y cumplen el artículo 615 del Código civil, sobre el encuentro de cosa mueble que no sea tesoro?

Los anhelos del autor se ven en parte satisfechos por el nuevo Código penal que ha publicado el *Boletín Oficial* del 13 de enero último, pues la sección 3.^a de las defraudaciones trata de la apropiación indebida, y la sección 4.^a, las de fluido eléctrico y análogas.

LA REDACCIÓN.

JOSÉ MARÍA VILLAR Y ROMERO: *Derecho procesal administrativo*. Editorial «Revista de Derecho Privado».

El ilustre Oficial del Consejo de Estado, convencido de que la parte adjetiva del Derecho administrativo es una verdadera ciencia, dotada de los mismos principios y capaz de sistematización y rigor técnico como cualquier otra disciplina jurídica, publica la obra a título de ensayo, para suplir las deficiencias de la investigación nacional y animar a los compañeros que quieran continuar por el camino iniciado.

En una primera parte esboza la teoría del proceso administrativo, examinando la jurisdicción, competencia y fuero; el acto administrativo, los sujetos de la relación jurídicoprocesal, la acción administrativa, los caracteres generales del proceso en cuestión, los actos procesales, las clases de procedimientos (técnicos o de gestión, administrativos y sancionadores), para terminar con el estudio de los medios de impugnación (recursos de alzada, reposición, queja, nulidad, revisión, súplica, aclaración y agravios).

En la segunda parte recoge las disposiciones vigentes en España, siguiendo el orden de prelación de los Ministerios, con índices cronológico y alfabético en 300 páginas, y dedica las 30 últimas del libro, que forman la tercera parte, a la Jurisprudencia.

El autor se hace cargo de la multiplicidad de las indicadas disposiciones, de su dispersión, así como de la complejidad y contradicción de los textos legales vigentes, y los ordena, dentro de cada Departamento ministerial, distinguiendo los tres grandes grupos señalados.

Como en realidad la materia abarca los más apartados rincones del Derecho administrativo, no sería difícil señalar omisiones de importancia, pero, en general, la obra servirá de auxiliar poderoso a cuantos mantengan relaciones con la Administración del Estado,

a los gestores y a los profesionales del Derecho. Es un laudable esfuerzo para ordenar el caos administrativo y encauzar la actividad del Estado.

NUEVO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS.

Ha quedado constituida la Comisión encargada de elaborar el proyecto de un nuevo Código civil portugués.

Por Decreto del Ministerio de Justicia de la nación vecina, han sido designados, para tomar parte en los trabajos de elaboración del nuevo proyecto de Código civil portugués, los Catedráticos doctores Manuel Augusto Domingues de Andrade, Fernando Andrade Pires de Lima y Paulo Arsenio Veríssimo Cunha, los dos primeros profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, y el último, de la Facultad de Derecho de Lisboa. Ha sido nombrado Presidente de la Comisión el ex Ministro de Justicia de Portugal Dr. Adriano Pais da Silva Vaz Serra, la que ya ha iniciado sus trabajos en la preparación de la nueva obra.

La Comisión podrá ser aumentada con otros vocales u otros colaboradores, cuando así se estime necesario, por el Ministro, y también será solicitado el parecer de personas competentes sobre el proyecto que la Comisión elabore. Serán tomadas en consideración las sugerencias que se hicieren a la Comisión y que ésta entienda se deban admitir.

¿*Quiénes son los componentes de la nueva Comisión nombrada?* O Século, de Lisboa, del día 20 de enero último, informa sobre la personalidad de aquellos profesores, de la siguiente manera:

El Profesor D. Adriano Vaz Serra concluyó la carrera de Derecho en 1924. Se doctoró en 1925 y fué nombrado Auxiliar de la Facultad de Derecho de Coimbra en 1926, y más tarde Profesor de la misma Facultad, donde desempeñó, entre otras cátedras, las de Derecho civil y de Legislación civil comparada.

Ha publicado, entre otros trabajos relacionados con el Derecho, los siguientes: *La enfiteusis en el Derecho romano, peninsular y portugués*, *Valor práctico de los conceptos y de la construcción jurídica*, *Sobre el problema de los fideicomisos condicionales*, *Caso fortuito o fuerza mayor y Teoría de la imprevisión*. En 1937 fué nombrado Subsecretario de Hacienda, cargo que ejerció hasta el 28

de agosto de 1940, que fué nombrado Ministro de Justicia, cuya cartera desempeñó hasta el 5 de septiembre de 1944.

El Profesor Domingues de Andrade se licenció en Derecho en 1922 y se doctoró en 1924. En el año 1923 fué nombrado Ayudante de cátedra, y en 1932, Catedrático de la Universidad de Derecho de la ciudad de Coimbra, donde ha explicado las asignaturas de Derecho procesal civil, Derecho civil, Legislación civil comparada y Derecho comercial. Ha publicado, entre otros trabajos, un ensayo sobre la *Teoría de la interpretación de las leyes*, *Caducidad de las donaciones a los esposos*, *Notas sobre la legitimidad de las partes en las acciones de nulidad de las particiones*, *Disposiciones a favor de terceros hechas por el matrimonio en la escritura antenupcial*, *Sobre la exigibilidad de los documentos particulares con firma a ruego y obligaciones pecuniarias* y *Lecciones sobre la teoría general de la relación jurídica*. En el año 1944 tomó parte en la Semana Jurídica Portuguesa de Santiago de Compostela, donde explanó una conferencia sobre «La reciente evolución del Derecho privado portugués».

El Profesor Pires de Lima terminó la carrera en 1927 y se doctoró en Derecho en 1930.

Fué Profesor auxiliar de la Facultad de Derecho de Coimbra, y más tarde, en 1932, nombrado Catedrático de la misma. Antes de ingresar en la Facultad frecuentó los «Cursos del Doctorado» de la Facultad de Derecho de París y fué Delegado del Fiscal de la República. Ha publicado varias obras, entre ellas *El casamiento putativo en el Derecho civil portugués*, y muchos estudios en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*. Es vocal de la Comisión encargada de estudiar la reforma de la legislación sobre la jurisdicción de menores, y en breve se publicará el proyecto por él elaborado acerca de la «Filiación, patria potestad y tutela».

El Profesor Dr. Paulo Cunha recibió el grado de Licenciado en Derecho en 1930, doctorándose cuatro años después y siendo nombrado Profesor auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa en 1935.

Ha desempeñado las cátedras de Derecho civil y de Procedimiento civil y comercial y ha dado un curso de Procedimiento penal.

Tiene escritas estas obras: *El problema de la intervención del Estado en la vida económica*, *El Tribunal Permanente de Justicia Internacional*, *El reclutamiento de los Magistrados judiciales*, *Estu-*

dio de organización judicial comparada, Del patrimonio, Simulación procesal y anulación de caso juzgado, Nociones fundamentales de Procedimiento civil, etc.

Es Profesor de Derecho civil en el Instituto Social y miembro de la Sección de Justicia de la Cámara Corporativa.

Para coadyuvar en los servicios de la Comisión ha sido nombrado el Magistrado don Abilio Celso Lousada primer Secretario del Consejo Superior Judicial.—FÉLIX DE BUSTABLAO.

SABINO ALVAREZ-GENDÍN: *El servicio público. Su teoría jurídico-administrativa*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1944.

El Sr. Alvarez-Gendín no pretende agotar con este libro la materia propia del Derecho administrativo. Junto al servicio público, cuestión nuclear, se ordenan, en su opinión, otra serie de cuestiones secundarias, cuyo estudio queda premeditadamente omitido.

Se trata, pues, de un trazado de líneas generales en la parcela más embrollada del Derecho administrativo, líneas que, no obstante su generalidad, descienden del plano de la teoría al de la práctica, especialmente en los últimos capítulos de la obra, y estructuran, con arreglo a una teoría jurídicoadministrativa definida, los problemas más vivos y concretos.

Primero se perfila el concepto de servicio público y se analizan sus elementos, pasando luego al estudio de los sistemas de prestación en concreto, monopolios, municipalización de servicios, relaciones jurídicas que el servicio público suscita y servicios públicos internacionales. A través de este amplio tema aparecen numerosas formas de exposición o concepciones originales, algunas de las cuales revisten especial interés. En el primer capítulo se desglosa la compleja noción de servicio público en una serie de notas distintivas. El Sr. Alvarez-Gendín parte de esta definición: «El servicio público es una coordinación o conjunto de actividades jurídicoadministrativas, financieras y técnicas que organiza el Estado o las Corporaciones autárquicas, por pertenecer a su iniciativa, encaminadas a satisfacer económicamente necesidades públicas de una manera regular y continua.» Analiza luego cada uno de los extremos de esta definición, y a continuación pasa a estudiar los elementos del servi-

cio público: soporte geográfico jurisdiccional, medios económicos y medios materiales.

La parte más combativa del libro y donde éste alcanza una mayor novedad es el apartado referente a la fijación de la naturaleza jurídica de la concesión, que el Sr. Alvarez-Gendín considera como contrato público. «Se considerará un poco audaz la tesis, pero la realidad nos enseñará el camino a seguir» (pág. 81).

Tiene también interés el apartado referente a las empresas mixtas industrializadas, en el que abundan puntos de vista fecundos. Asimismo, el ordenado capítulo referente a la municipalización de servicios y el que trata de las relaciones jurídicas entre la Administración y los usuarios y entre éstos y las empresas. El capítulo final, sobre servicios públicos internacionales y tráfico aéreo, es modelo de sistematización y claridad.

El pensamiento jurídicoadministrativo del ilustre Rector de la Universidad de Oviedo alcanza en este libro su máximo grado de madurez. Como recuento y ordenación de la labor antigua y cimiento para la labor nueva, tiene singular importancia dentro de su obra general, aparte del inestimable valor objetivo que le da el sugestivo tema desarrollado y la pulcritud y perfecto enfoque con que se tratan todas las materias.—R. C.

UN NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL BRASIL (1).

La ley de Introducción al nuevo Código civil brasileño (Decreto-ley núm. 46.57), del 4 de septiembre de 1942, contiene el actual Derecho Internacional Privado del Brasil, cuya característica principal consiste en haber sustituido el principio de nacionalidad por el del domicilio. Los padres del nuevo sistema brasileño son Philadelpho Azevedo, Orozimbo Nonato y Hahnemann Guimaraes.

El artículo 7.º aplica la ley del domicilio al comienzo y fin de la personalidad, al nombre, capacidad y derecho de familia. No obstante, existen las siguientes excepciones a la ley del domicilio, derivadas ambas del principio del orden público: 1.ª La legislación del Brasil se

(1) Véase el artículo sobre el mismo de Luis Alvarado en la *Revista Peruana de Derecho Internacional*, 1942, tomo II, págs. 749 y sigs.

aplica a los matrimonios que se realizan en el mismo en lo que se refiere a los impedimentos dirimentes. 2.^a No se reconoce el divorcio de brasileños logrado en el extranjero, aunque allí fueran domiciliados. 3.^a Se reconoce el divorcio respecto al cónyuge no brasileño, que, sin embargo, no puede volver a casarse en el Brasil.

El artículo 8.^o aplica la *lex rei sitae* a todos los bienes, con excepción de los que se llevan consigo o que están destinados al transporte, los cuales se rigen por la ley del domicilio del propietario. A la prenda se aplica la ley del domicilio del prestamista.

El artículo 9.^o regula las obligaciones por la ley del país en que se constituyen; y derivándose de contratos, por la ley del lugar en que está domiciliado el peticitante.

El artículo 10 trata de las sucesiones. Estas, incluso la capacidad para suceder, la cuantía de los derechos sucesorios, la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias, se rigen por la ley del domicilio del difunto o del heredero o legatario, en sus casos, estableciéndose una excepción en favor del cónyuge brasileño y de los hijos, a los que se aplicará la ley brasileña si existen bienes en el Brasil, siempre que la ley del domicilio les sea menos favorable.

Artículo 11: Las organizaciones destinadas a fines de interés colectivo, como las sociedades y fundaciones, están reguladas por la ley del Estado en que se constituyen, pero para actuar en el Brasil necesitan la aprobación del Gobierno, quedando desde luego sujetos a la ley brasileña.

Artículo 12: En cuanto a las disposiciones de Derecho Procesal Internacional, se establece la competencia de la autoridad judicial brasileña, tratándose de reos domiciliados en el Brasil y de acciones relativas a los inmuebles situados en su territorio.

Artículo 13: Los hechos ocurridos en el extranjero y su prueba se regulan por la ley que en él rige, en cuanto a la forma y a los medios de producirse.

Artículo 14: Por desconocimiento de la ley extranjera, el juez podrá exigir a quien la invoca la prueba del texto y de su vigencia, no aceptándose, sin embargo, las pruebas no admitidas en la legislación brasileña.

Artículo 12, inciso 2.^o, y artículo 15: Las actuaciones y diligencias judiciales solicitadas por un juez extranjero serán cumplidas en el Brasil una vez concedido el *exequátor*. También se ejecutará la sen-

tencia pronunciada en el extranjero, una vez homologada por el Supremo Tribunal Federal, si se trata de cosa juzgada, tiene mérito ejecutivo la sentencia en el país de su procedencia y ha sido dictada por el juez competente, habiendo sido citadas las partes o declarada legalmente la rebeldía. Tratándose de sentencias declaratorias del estado de las personas, no se requiere la homologación.

Artículo 16: El sistema de reenvío queda terminantemente descartado al disponerse que cuando, de conformidad con las disposiciones legales brasileñas, la relación jurídica debe someterse a una ley extranjera, se aplicará la disposición positiva contenida en ésta, sin tenerse en cuenta cualquier remisión a otra ley.

Artículo 17: Todo el cuadro de Derecho Internacional Privado marcado en los artículos a que se ha hecho referencia queda limitado con una excepción de carácter general, en virtud de la cual no tendrán fuerza en el Brasil las leyes, actos y sentencias de otro país, así como cualquier declaración de voluntad, cuando ofenden la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres.

LA REDACCIÓN.