

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XX

AbriI de 1944

Núm. 191

La raíz hegeliana de la doctrina de Ihering y  
Windscheid sobre el Derecho subjetivo

Los antagonismos.—Significación del subjetivismo alemán.—Sus causas: «El esfuerzo por la sinceridad»; Hegel y la «identidad de los conceptos contrarios»; el problema del fin del Estado.—Ihering.—Windscheid.—Soberanía y autodeterminación.—El concepto del derecho subjetivo.

Parece como una ironía fonética y ortográfica el que un mismo vocablo, "subjetivismo", tenga en la Alemania del siglo XIX una significación tan antitética a la que había representado en la Francia postrevolucionaria. Y parece también antinómico que a dos doctrinas tan alejadas entre sí en el campo de la Filosofía como Rousseau y el hegelismo, atribuya Duguit consecuencias jurídico-privadas tan encadenadas. Expliquemos todo ello:

En nuestro artículo anterior (1) aludíamos rápidamente a la esencia del subjetivismo francés en cuyo lema luce siempre la idea del individuo fuente en sí mismo de unos derechos subjetivos inherentes a la personalidad, anteriores—cronológicamente—y superiores—en la escala jerárquica normativa—a la voluntad del Estado. Y he aquí que al trasplantarse a Alemania el término "subjetivismo" sirve para amparar posiciones absolutamente antagónicas, porque la doctrina germana del siglo XIX, que se agrupa bajo la denominación de "Doctrina subjetivista alemana", vive, también, referida a un concepto del Derecho subjetivo, pero no ya el o los del individuo, sino a una entidad

(1) «La voluntad y la génesis del derecho subjetivo». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 188, páginas 13 y siguientes.

omnipotente tanto en el Derecho público como en el privado: "el Derecho subjetivo del Estado" (1), como fuente mediata y última de todas las facultades individuales de poder. La doctrina individual —dice Duguit— coloca al hombre, con voluntad autónoma de la que nace el Derecho subjetivo; voluntad que pasa luego al Estado. La doctrina subjetivista (alemana) establece que todo poder es patrimonio del Estado; esto es, del Poder público, la "Herrschaft". Pertenecen la soberanía al Poder público y esta soberanía es el Derecho subjetivo del Estado; de éste, como derivados, se desprenden los derechos individuales, que son creación del Estado." Hasta aquí la síntesis de Duguit, cuyas rotundas afirmaciones podrían estimarse apasionadas, si la raíz filosófica de los juristas germanos que representan aquella dirección no la justificase plenamente. Claro es que el problema fundamental que se ofrece al estatismo absoluto es el de cohonestar y hacer compatibles ambos derechos subjetivos, el del Estado y los del individuo. Afiliarse decididamente a él implica el grave peligro de negar estos últimos, y con ellos negar también la idea de la personalidad, pues que en tan íntima relación figuran ambos conceptos (2).

Por ello no han faltado muy notables intentos de suavizar las ásperas consecuencias jurídicas y políticas de estas ideas. Notemos en primer término a Ihering, con la doctrina del "fin del Derecho" (3), y Jellineck, máximo representante de la doctrina "autolimitadora" (4), que tal vez había sido iniciada antes por Bergbohms.

Tal vez la raíz práctica de la posición de Ihering—como la de todos los subjetivistas—está en esa característica que viene imponiéndose a la especulación jurídica desde la época en que él escribía. Nos referimos a la que se denomina "el esfuerzo hacia la realidad y sinceridad", influido, probablemente, del alto grado a que llega por entonces el es-

(1) Es bien notoria, no obstante, la discrepancia de Gierke, al negarse a firmar el manifiesto de los intelectuales, y es bien conocida también la argumentación en contra de Stammier, citados ambos por Duguit, op. cit. artículo anterior, página 88 del *Pragmatismo jurídico*, también citado. Pero ni una ni otra de ambas posiciones obstan nada a la enorme difusión del «subjetivismo», como lo prueban las actuales posiciones correctoras de Larez y Stoll.

(2) F. de Castro: *Derecho civil de España*, Parte general, tomo I. Madrid, 1942, en la página 489, dice. «El sujeto del derecho subjetivo es la persona a la que se le atribuye y confía la situación de poder. Persona y derecho subjetivo son conceptos intimamente unidos; la persona se manifiesta como tal en cuanto posible sujeto de derechos; los derechos subjetivos tienen su base y su justificación en el respeto a la persona.»

(3) Ihering: *Der Zeck im Recht*, trad. franc. París, 1901, págs. 311-313.

(4) Jellineck: *L'Etat moderne et son droit*, trad. franc. 1911-13, dos volúmenes.

tudio de las ciencias de la Naturaleza. El pensamiento jurídico se impregna de utilitarismo, y lo mismo que se estudia es el posible rendimiento del utilaje industrial en vista del fin que su comprador se propone, así también el Estado y el Derecho deben ser considerados desde el punto de vista de la utilidad que prestan. Y se impone una metodología en la investigación de nuestras disciplinas que, influída por este modo de pensar utilitario, resulta incompatible con las sutilezas escolásticas, las deducciones formales vacías y las ficciones contrarias a la verdad; y, desde luego, incompatible con el ideal del Estado "manchesteriano", cuya única razón de vida es la garantía de la normalidad en las relaciones entre los diversos derechos subjetivos individuales en juego: pero sin un fin en sí mismo, que ya se reclamaba como urgente exigencia de los tiempos por figuras bien representativas; nos referimos a Kant y a Fichte.

En efecto, se apunta en ambos la incomprensión hacia un tipo de Estado que representa únicamente la garantía de los derechos individuales. Y se le asigna como fines mínimos—al decir de Richard—(1), los de constituirse en instrumento de realización de la cultura social.

Después de Fichte, el pensamiento alemán sigue derroteros (bien alejados de aquellas ideas del individualismo francés) que culminan con la filosofía hegeliana en el campo del Derecho y del Estado; su trascendencia y resonancia posterior sólo podrá juzgarse, independientemente de sus posibilidades de permanencia, cuando una mayor perspectiva cronológica lo permita (2).

También Hegel niega el Estado guardián de los derechos individuales. El Estado es el brazo secular de una razón impersonal independiente de toda ley lógica o moral. El Estado no está sometido al Derecho, sino al contrario, es el Derecho una creación del Estado. Los fines individuales deben sacrificarse a los del Estado, en virtud de una construcción utilitaria del fin, que es la de que la única ley que inspira los pretendidos derechos subjetivos individuales—esto es, el

(1) G. Richard: *La question sociale et le mouvement philosophique au XIX siècle*, París, 1914, págs. 35 y 47.

(2) En este sentido el testimonio de Levy-Bruhl (*L'Allemagne depuis Leibnitz*, París, 1890, pág. 389): «Pocos sistemas han grabado tan profundamente sus huellas en las ideas, las costumbres y la historia de una nación. Si el hegelismo no ha podido subsistir (?) como cuerpo de doctrina, su influencia, se encuentra en todas partes, aunque difusa, y, por así decir, «de segundo grado», ejerciéndose por medio de los hombres de Estado, los publicistas y los historiadores, sobre todo... Cuando se juzgue con mayor perspectiva y en el conjunto, las transformaciones de Alemania en el siglo xix, el papel de la influencia hegeliana destacará por sí mismo».

provecho particular de sus titulares—, lleva a la sociedad al pauperismo. Sociedad e individuo son la tesis y la antítesis, respectivamente, de una construcción lógica y sus intereses se repudian mutuamente y son inconciliables. El bien de la comunidad exige la unificación de ambos términos en una entidad superior que no puede ser otra que "la potente síntesis que es el Estado" (1)

Se llega a esta conclusión por un razonamiento que Duguit no puede menos de calificar de dialéctico (2). Es lo que él llama "la identidad de los conceptos contrarios". Todo concepto lleva en sí el concepto de lo contrario. Pero como todo concepto responde a una realidad, supone también la existencia de la opuesta, y la realidad es la síntesis de dos contrarios. Así, el concepto del ser, implica el concepto del no ser. La realidad es síntesis del ser y del no ser. Aplicado este razonamiento a nuestra cuestión, resulta ser el Estado la síntesis de esos dos conceptos contrarios: lo colectivo y lo individual. Ambos son reales, puesto que se piensan al mismo tiempo, y la síntesis de lo individual y lo social es el Estado, la realidad última de la vida moral. El Estado es todopoderoso porque realiza en sí y por sí el ser social y el individual. Por consiguiente, el individuo no es una realidad más que en y por el Estado; y siendo esto así, el poder sin límites de éste no puede ser un atentado a los derechos del individuo, como tampoco puede serlo para los de la sociedad, porque la "realidad" de ambos será tanto mayor cuanto más potente y más fuerte sea el Estado (3). Por eso—concluye Richard—(4), "*le Droit objectif se confond pour Hegel avec le droit subjectif de l'Etat qui, en dignité et en puissance, prime le droit subjectif de l'individu*".

De las consecuencias políticas de la doctrina hegeliana da fe la Escuela de la "Realpolitik" de Treitsche y Gumplowitz. Y su conclusión de que la fuerza es la esencia del Estado, como lo es el amor, de la familia, o la fe, de la religión, para derivar luego consecuencias políticas que, desde luego, exceden de lo que interesa a nuestro tema

Fácil es, no obstante, descubrir las consecuencias jurídico-privadas de esta dirección. Lo que la doctrina realista llama fuerza del Estado,

(1) Duguit: *Rousseau, Kant y Hegel*. París. 1918. pág. 44

(2) Op. cit. págs. 92-93.

(3) Sobre la filosofía jurídica de Hegel, vid. *Grundlinien der Philosophie des Rechtes oder Naturrecht und Staats Wissenschaft*. Duncken y Hunbold. Berlín. 1833. citado por Coumaros.

(4) Richard: Op. cit., págs. 177-78.

es lo que la doctrina jurídica denomina soberanía de la voluntad, derecho subjetivo, del Estado, de finalidad utilitaria.

Y aquí es donde encontramos la posición de Ihering, con su doctrina del "fin o la finalidad en el Derecho". Comentando el "Zweek im Recht", dice Van Bemmelen (1) que, según Ihering, el hombre no obra sino para alcanzar un fin y que la finalidad de todo acto es inseparable de éste; que toda acción está determinada por su fin. En el Derecho los fines que predominan son los egoístas; en el Derecho, en la moral y en la vida entera. Los fines éticos, según él, ocupan un lugar muy secundario. Su fórmula preferida es la de que "la sociedad y el Estado existen y funcionan por la coincidencia de fines egoístas, porque los hombres están interesados en cumplir los fines ajenos en cuanto, obrando para otros, quieren obrar sólo para sí". "La coincidencia de los fines egoístas la hallamos en las dos principales transacciones del comercio económico: el cambio y la asociación; en el primero, los fines egoístas son distintos; en el segundo, son idénticos." Y por este camino, precisando fines, estima Ihering que el de la propiedad privada es su indispensabilidad para que el individuo goce de independencia. El del préstamo es la extensión que procura al comercio; y el del Estado es, ante todo, la formación y el mantenimiento del Derecho, sin perjuicio de sus demás funciones "útiles". Nace, pues, para cumplir un fin, el de administrar justicia, que sin él sería mal administrada o no se administraría. Pero ¿cómo el Estado habrá podido nacer teniendo enfrente todos los egoísmos individuales? Puede responderse: Porque así como el mundo existe en el egoísmo, también el Estado puede existir en él. El Estado toma el egoísmo y lo moldea a su servicio y le da su salario; le interesa en su fin y le paga su participación. He aquí cómo el Estado debe también su origen a los egoísmos individuales; al egoísmo, en fin. Y por egoísmo también otorga a los ciudadanos derechos subjetivos individuales, ya que en tales condiciones será mejor obedecido que si recabase esa misma obediencia sin ofrecer compensación alguna. Pero, en todo caso, el Derecho autoritario es "un saludable régimen" para, con una férrea disciplina, hacer posible la vida de los hombres, sobre todo, en los pueblos primitivos (2).

(1) Van Bemmelen: *Nociones fundamentales del Derecho civil*. Madrid, Reus, páginas 69 y sigs.

(2) Van Bemmelen, a quien seguimos en la escueta exposición de estas ideas de Ihering, insinúa (op. cit., pág. 85, nota 1), si no estarán inspiradas en las opiniones de

De creer a Reichel, los antecedentes políticos de posiciones como la de Ihering deben buscarse en el debilitamiento del principio de autoridad y de orden a que condujeron el individualismo francés y sus consecuencias. Se criticaron con gran amplitud las leyes políticas de las instituciones del Estado. La Prensa se arroga la representación de los intereses populares frente al Estado; acecha a la Justicia. Las leyes son inconvenientes y las sentencias, injustas. Fatalmente, de todo este antagonismo sólo puede derivarse el pauperismo de que hablaba Hegel.

Y se impone en el Derecho esa grave reacción que representa Ihering y que Windscheid resume en la fórmula de que si se reconocen poderes de voluntad a los individuos (derechos subjetivos) es sólo por una especie de concesión de la ley (1), afiliándose, por consiguiente, a la doctrina de que el derecho objetivo es la fuente mediata y última de los derechos subjetivos individuales. "El principal factor (en la elaboración de ellos) no es la voluntad del hombre, sino la voluntad de la ley, que le ha otorgado el privilegio de producir efectos jurídicos."

La argumentación es impecable, pero sus consecuencias parecieron demasiado ásperas a los propios mantenedores, y he aquí cómo Ihering se muestra finalmente tímido y trata de encontrar un dique a esa voluntad omnipotente del Estado para que no derive fácilmente en arbitrariedad. "En el primer volumen de su "Zweck in Recht"—dice Van Bemmelen (2)—no ha podido todavía desprenderse enteramente de su "Lucha por el Derecho", pero no reaparece sino diluída en consideraciones generales y vagas. No siempre—dice—la sociedad ejercita su poder coactivo, como ocurre hoy entre nosotros, después de haber establecido normas jurídicas, sino que, muy frecuentemente, primero dominan los fuertes sin sujeción a regla alguna, y sólo más tarde *limitan voluntariamente* el ejercicio de su poder y dictan reglas jurídicas para los débiles "

Ya tenemos funcionando la doctrina de la "autolimitación", que habría de plasmar Jellineck. Pero insistimos en nuestro anterior criterio: esta postura es sólo un correctivo que se otorga con desgana a la vista de aquellas consecuencias, demasiado duras, de la doctrina primitiva, aunque aquélla y ésta quieran presentarse como necesariamente complementarias una de otra: "En el concepto de la autoobligación del

Bagehot, expuestas en su célebre libro *Physics and politics*, 1873. Y, en común, coloca a ambos bajo la influencia del darwinismo.

(1) Windscheid: *Lehrbuch*, t. I, parág. 14.

(2) Op. cit., pág. 84. Traducción del Sr. Navarro de Palencia.

Estado no existe contradicción —dice Duguit recogiendo con ánimo crítico la postura de Jellineck—. La autoobligatoriedad es exigida por las convicciones jurídicas dominantes . ; con lo cual . existe también el carácter jurídico de la obligación que el Estado se impone a sí mismo” (1).

Claro es que para llegar a esta conclusión del fundamento jurídico de la autolimitación hay que remontarse a la naturaleza misma de la soberanía, implicada siempre en aquella idea de la omnipotencia de la voluntad del Estado, fuente última de todos los derechos subjetivos individuales. Hay que desterrar del concepto de la soberanía la nota errónea de su carácter ilimitable y transformarlo en un concepto jurídico que corresponda a nuestras actuales concepciones del Derecho. “Soberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo la facultad de determinarse por sí mismo.” Y la autodeterminación del Estado, en el sentido de limitarse sus propias facultades, dota de carácter de obligación jurídica a esa misma autolimitación. Porque también en este aspecto —deducimos nosotros— la voluntad del Estado es fuente de las obligaciones que a sí mismo se impone.

El derecho subjetivo individual es así la resultante activa de una postura negativa del Estado, que graciosamente se limita el suyo propio en cuanto estima puede entregarse al libre juego de los intereses particulares sin menoscabo para los superiores de la comunidad. Es el “dique legal” con que se autolimita el libre juego de la voluntad autónoma del Estado. Cabría también acudir al sistema del “dique judicial”; pero éste, por consecuencia de unas razones históricas, ciertas o no, parece sospechoso de arbitrariedad al propio Estado.

Tal vez en otro artículo nos ocupemos de este nuevo y viejo aspecto del problema. Pero, entretanto, es preciso no perderse en el bosque de una dialéctica suntuosa y reconocer, en una filosofía jurídica de raíz cristiana, la existencia de unos derechos individuales innatos, independientes de todo reconocimiento estatal, directamente vinculados al fin trascendente del hombre.

ARTURO GALLARDO RUEDA.  
Registrador de la Propiedad.

(1) Op. cit., pág. 96.

# El libro segundo del Código civil italiano

Por el profesor ALBERTO MONTEL,  
Abogado de Turín, Italia.

1.º El libro II del nuevo Código civil italiano contiene la disciplina de los bienes y de los derechos reales de goce.

Esta materia, más que ninguna otra, requería una observación atenta y profunda de la orientación que el Estado italiano había de imprimir al ordenamiento social y económico de la nación.

Y, como era lógico, el nuevo Código civil se ha inspirado en los principios en que se informa la Carta del Trabajo, según los cuales la iniciativa privada en el campo de la producción está considerada como el instrumento más útil y eficaz para el interés de la nación, y el trabajo se considera como un deber social, uniéndose ambos al interés general de la producción.

Desde el artículo 2.º se precisa y acentúa el carácter social que en la nueva legislación asume la regulación de los distintos derechos, y este concepto se repite después en las disposiciones particulares cada vez que se presenta la necesidad de poner más en evidencia que el interés individual debe ceder ante el interés de la colectividad y el de la producción.

Pasaremos brevemente revista a cada uno de los títulos del libro, poniendo de relieve sus disposiciones más importantes.

2.º *Bienes*.—Empieza el libro determinando el concepto de bienes en su sentido jurídico, que se funda en un criterio esencialmente social y económico, con una serie de normas relativas a las varias distinciones de los bienes desde el punto de vista de su disciplina. A este respecto tienen singular importancia la introducción (art. 6.º) de la cla-

se de bienes muebles inscritos en los Registros públicos (regulada en algunos aspectos, de un modo parecido a los inmuebles); la fijación (art. 7.º) del concepto de universalidad de bienes muebles y la declaración de las cosas que componen la universalidad, que pueden ser objeto de relaciones jurídicas separadas; la supresión (art. 8.º) de la clase de bienes inmuebles por destino, que ha sido sustituida por la de pertenencias como más adecuada a la realidad de las relaciones; se ha mejorado y completado la disciplina relativa a los bienes que pertenecen al Estado y a las entidades públicas y eclesiásticas (arts. 13 a 22).

Como es sabido, el Código de 1865 regulaba la materia de un modo inadecuado, y las elaboraciones de la doctrina y de la jurisprudencia se han visto precisadas, en algunos puntos, a forzar el texto legislativo para atribuirle un contenido que se adaptara a las exigencias de la vida actual, contribuyendo también a ello, en no pocas ocasiones, la legislación especial..

La distinción que sobre la base de las normas indicadas se hacía entre bienes del Estado y patrimoniales, de un lado, y disponibles e indispensables de otro, que, aunque se presentaba en teoría muy clara, llevaba, en cambio, consigo notables inconvenientes cuando se trataba de fijar los criterios de distinción entre una y otra categoría, por cuanto la enumeración de los bienes del Estado hecha por el artículo 427 del Código de 1865 era insuficiente, y las fórmulas establecidas en los artículos 425, 426, 428 y siguientes acerca de la naturaleza de la pertenencia de los bienes al Estado, habían suscitado largas y repetidas disputas, que todavía no han terminado.

La nueva ley ha simplificado el sistema, declarando que los bienes que pertenecen al Estado pueden agruparse en dos grandes categorías: bienes de dominio público ("demanio") y bienes de propiedad privada; y se ha hecho elástica la clasificación de los primeros con la adición de la categoría de los bienes que por la ley están sometidos al régimen propio del dominio público.

Los bienes de propiedad privada, a diferencia de los de dominio público, pueden ser enajenados, y son susceptibles de prescripción adquisitiva, esto es, tienen la característica propia de los bienes de particulares, de los cuales el Estado y las otras entidades públicas territoriales tienen su titularidad como personas jurídicas. Lo que, por otra parte, no significa una equiparación absoluta a los bienes de la propiedad de los particulares en lo que se refiere a su disponibilidad, porque

la naturaleza especial de las entidades públicas, a causa de la gran importancia que pueden llegar a alcanzar, reclaman en ciertos aspectos un tratamiento especial.

3.º *Propiedad*.—El título II del libro que estudiamos contiene la disciplina de la propiedad. Respecto a ésta se ha cuidado el legislador de eliminar o modificar todas aquellas disposiciones que ya no respondían a las exigencias modernas de la convivencia social, a las de la agricultura, de la construcción y de las industrias, habiéndose modificado otras con las adiciones necesarias para ponerlas en relación con la función social que en el nuevo ordenamiento se asigna a la propiedad.

Ya hemos visto cómo el concepto de la función social del derecho ha sido precisado desde el artículo 2.º, y como corolario de este concepto está la disposición del artículo 24, que sanciona expresamente la prohibición de los actos de emulación, de los que tanto se ha discutido desde el Derecho romano hasta nuestros días. Actos de emulación son aquellos que se realizan, no para favorecer o ayudar al que los ejecuta, sino únicamente para ocasionar una molestia a otros. El nuevo Código civil no podía permitirlos. El derecho no otorga su protección sino a aquellos actos que tengan alguna utilidad, y no al capricho de los particulares.

En el mismo sentido se inspira la disposición del artículo 31, que, resolviendo una antigua discusión, limita el derecho del propietario sobre el vuelo y el subsuelo, al disponer que "el propietario del suelo no puede oponerse a las actividades de terceros que se desenvuelvan a tal profundidad en el subsuelo y a tal altura en el espacio dominante, que aquél no tenga interés en excluir".

El artículo 35 llena una grave laguna del Código anterior.

Son conocidas las grandes controversias surgidas principalmente en los últimos años, acerca de los daños ocasionados a los cultivos por exhalaciones nocivas procedentes de establecimientos industriales, o por humos, ruidos, sacudidas y otras molestias semejantes para la tranquilidad de las viviendas. Ante el silencio de la ley, la Corte de Casación, inspirándose en los principios generales y en las exigencias de la convivencia social, así como en los principios del desenvolvimiento industrial, ha establecido constantemente que en materia de inmisiones provenientes de un establecimiento industrial, es preciso atemperar el interés privado del vecino con las exigencias imprescindibles de las in-

dustrias, para lo cual deben encontrar aplicación los criterios del uso normal de las cosas destinadas a la industria y de la tolerancia del daño, integrados por el principio de la solidaridad y coexistencia sociales.

Y el nuevo Código establece de este modo: "El propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las exhalaciones, los ruidos, las trepidaciones y otras difusiones semejantes derivadas del fundo vecino, si no exceden de la tolerancia normal, teniendo también en cuenta la condición del lugar."

El párrafo siguiente dicta los oportunos criterios para la valuación de la normalidad del uso: "En la valuación de la normalidad del uso el juez debe atemperar las exigencias de la producción con los derechos de la propiedad. Puede tener presente la prioridad de un determinado uso."

Otra innovación importantísima digna de señalarse es la del artículo 37, dirigida a impedir el fraccionamiento excesivo de los fundos por transferencias y divisiones, fraccionamiento que constituye un obstáculo para el cultivo racional y productivo. Por consiguiente, se ha pedido a los organismos agronómicos competentes la determinación, a medida de los distintos terrenos, de la llamada unidad de cultivo, esto es, del pedazo mínimo de terreno suficiente para el trabajo y manutención de una familia agrícola, o si no se trata de terreno puesto ya en explotación para realizar un cultivo adecuado, según las buenas reglas de la técnica agraria, y se ha establecido que en las transferencias de propiedad, en las divisiones y en las asignaciones por cualquier título, que tengan por objeto terrenos destinados al cultivo o susceptibles de él, en la constitución y transferencias de derechos reales sobre los mismos terrenos, no debe darse lugar a fraccionamientos en que no se respete la mínima unidad de cultivo.

De acuerdo con esto, el artículo 40 permite al propietario de terrenos dentro de los cuales hay pedazos pertenecientes a otros, con una extensión inferior a la mínima unidad de cultivo, el pedir la transferencia de la propiedad de éstos, pagando su precio, con el fin de realizar una sistematización más adecuada de las unidades fundiarias, y el artículo 41 prevé, para el caso de que en varios terrenos contiguos e inferiores a la mínima unidad de cultivo pertenezcan a diversos propietarios, la constitución de un consorcio entre ellos, con el fin de pro-

· veer a una recomposición fundiaria adecuada para la mejor utilización de los terrenos mismos.

En los artículos 48 a 56 están recogidas las disposiciones relativas a saneamiento integral. Para la consecución de fines higiénicos, demográficos, económicos o sociales (establece el art. 48) pueden declararse sometidos al saneamiento integral los terrenos que se encuentren en una depresión del suelo, en la que hay lagos, pantanos, cenagales o terrenos palúdicos, o los que están constituidos por terrenos montañosos desconectados de los planes hidrogeológicos y forestales, o bien de terrenos sometidos a cultivo extensivo por motivos de orden físico o social los cuales puedan ser susceptibles de transformación radical en su ordenamiento productivo.

Para la ejecución, mantenimiento y explotación de las obras de saneamiento puede proveerse por mediación de consorcios entre los propietarios interesados.

A estos consorcios puede confiárseles también la ejecución, mantenimiento y explotación de otras obras de interés común a otros fundos o de interés particular para alguno de ellos.

Los consorcios—a los que se les reconoce la personalidad jurídica de carácter público—se constituyen por Real decreto y, a falta de iniciativa privada, pueden constituirse también de oficio (art. 53.).

Del mismo modo que se establecen los consorcios de saneamiento, pueden también constituirse consorcios para la ejecución, mantenimiento y explotación de obras para mejoramiento de varias fincas en común e independientes de los planes de saneamiento. Pero estos consorcios tienen el concepto de personas jurídicas de carácter privado. Sin embargo, pueden alcanzar la categoría de personas jurídicas de carácter público cuando afecten a una gran extensión de terreno o cuando por la importancia de sus funciones, a los fines del incremento de la producción, sean reconocidos de interés nacional por disposición de la autoridad administrativa (art. 54).

Los artículos 57 a 59 se refieren a los vínculos o limitaciones de la propiedad para fines hidrogeológicos y fluviales.

Incluso con independencia de los planes de saneamiento, los terrenos, cualquiera que sea su naturaleza y destino, pueden ser sometidos a un vínculo hidrogeológico, con el fin de evitar que, en perjuicio público, puedan sufrir denudaciones, perder su estabilidad o alterar el régimen de las aguas.

La utilización de los terrenos y su transformación eventual, las clases de cultivo, el régimen de los bosques y de los pastos están, a causa del vínculo, sometidos a las limitaciones establecidas por las leyes que regulan la materia.

Del mismo modo pueden ser sometidos a limitaciones en su utilización los bosques que por su situación especial defienden los terrenos o las construcciones de la caída de los aludes, cantes rodados y bancos de arena y de la fuerza del viento, así como aquellos que están considerados como útiles por sus condiciones higiénicas de carácter local (art. 57).

A los fines de la repoblación forestal y de consolidación, los terrenos vinculados pueden ser objeto de expropiación forzosa, ocupación temporal o de suspensión del ejercicio del pastoreo (art. 58).

Los propietarios de inmuebles situados en las proximidades de las corrientes de agua que amenazan o causan daños a la agricultura, a lugares poblados o a construcciones o artificios de interés público, están obligados, incluso independientemente de los planes de saneamiento, a contribuir a la ejecución de las obras necesarias para la regulación del curso de las aguas, en la forma establecida en las leyes especiales (artículo 59).

4º *Superficie*.—Como es sabido, el Código de 1865, así como los demás Códigos de los Estados italianos preunitarios, no regulaba el derecho de superficie, y el reconocimiento de esta institución se deducía de la disposición del artículo 448, que temperando lo absoluto del principio *superficies solo cedit*, establecía la presunción *iuris tantum* de que las plantaciones, construcciones y obras por encima y debajo del suelo pertenecían al propietario de éste. Sobre la base de esta norma se admitía la posibilidad de una propiedad dividida por planos horizontales.

El nuevo Código, en cambio, ha dedicado a la regulación de la superficie un título expreso (tit. III, arts. 142-146): regulación oportuna, debido a la importancia que la institución ha tomado merced al incremento de la construcción moderna.

El artículo 142 traza el derecho de superficie en su doble carácter, distinguiendo el caso en el que el *dominus soli* conceda a otros el derecho de hacer y mantener sobre el suelo una nueva construcción (concesión *ad aedificandum*), de aquel otro en que la construcción ya exista sobre el fundo y el propietario enajene su propiedad con sepa-

ración de la propiedad del suelo; los artículos siguientes hacen referencia a la construcción a tiempo determinado (art. 143), el sorteo del derecho (art. 144), la construcción por debajo del suelo (art. 145) y a la prohibición de la propiedad separada de las plantaciones (artículo 146).

5.<sup>o</sup> *Enfiteusis*.—Son radicales y fundamentales las innovaciones que se han introducido en materia de enfiteusis. En el aspecto formal, hay que poner de relieve el que las normas que a ella hacen referencia están colocadas en el lugar que les corresponde, esto es, en el libro referente a los Derechos reales, en vez de hacerlo en el de las obligaciones, como ocurría en el Código de 1865.

Pero es principalmente bajo el aspecto sustancial donde la disciplina de la institución se diferencia de la del viejo Código.

Como es sabido, la disciplina que esta institución tenía en el Código anterior estaba informada por un trato desfavorable, determinado en parte por algunas degeneraciones que la institución misma había sufrido al mezclarse con elementos feudales durante el Derecho intermedio, y en parte a causa de la influencia de la Revolución francesa, que, descubriendo en él algunos restos del feudalismo, acabó por desterrarlo del Código napoleónico.

Dominado por el principio de que la libertad de contratación de las tierras no debía encontrar ningún obstáculo en la Ley, el Código de 1865, sin tener en cuenta la función social de la institución y los intereses del concedente, confirió al enfiteuta una amplia libertad para la enajenación del fundo e igualmente, y sin ningún límite, le reconoció el derecho de redención.

Esto tuvo como consecuencia que al ahogar en los propietarios el estímulo para constituir las, fueron muy raras las enfiteusis que se estipularon durante la vigencia del viejo Código.

Por el contrario, en el nuevo Código, aun conservando la disciplina de la enfiteusis sus líneas tradicionales, se ha dirigido del modo más idóneo a fin de que realice la función de que todavía es capaz, esto es, para el mejoramiento de los fundos y para el incremento de la producción nacional.

En su consecuencia, ha sido establecido que la enfiteusis temporal no se puede constituir por una duración inferior a veinte años (artículo 148): se consiente a las partes el pedir, cuando hayan transcurrido diez años desde la constitución de la enfiteusis, y para las su-

cesivas (al transcurso de un período igual de tiempo) la revisión del canon si éste llega a ser demasiado bajo o demasiado gravoso con relación al valor actual del fundo; pero siempre que esta modificación no resulte duplicada o reducida a la mitad con respecto al valor inicial (art. 152); se consiente al concedente el limitar el poder de disposición del enfeiteuta, prohibiéndole en el acto de constitución el disponer en todo o en parte del propio derecho por un tiempo no superior a veinte años (art. 155); se ha reforzado la tutela del derecho del concedente mediante la responsabilidad solidaria del nuevo y del anterior enfeiteuta por las pensiones no satisfechas (art. 157); se ha establecido la necesidad del transcurso de un período por lo menos de veinte años para el ejercicio del derecho de redención, y se dispone que cuando en el acto de constitución de la relación se haya establecido un plan de mejoras pueda ejercitarse, aunque éstas no hayan sido realizadas (art. 161); y, por último, al principio protector de la devolución ha sido introducida una excepción para el caso de incumplimiento de la obligación de no deteriorar y de mejorar el fundo (artículo 162).

6.º *Usufructo*.—Modificaciones importantes han sido introducidas también en la materia referente al usufructo, principalmente para corregir su carácter estático e individualista; para reparar los graves inconvenientes económicos que resultan, tanto de la inmovilización de la propiedad en manos de poseedores temporales que no tienen interés en mejorarla y hacerla productiva, como de la incertidumbre acerca de la duración de su goce; y, por último, para modernizar la disciplina del usufructo ampliando su ámbito objetivo a toda clase de derechos patrimoniales. Esta institución favorable que ha alcanzado un desarrollo completo, porque es apta para resolver complicadas situaciones y conciliar intereses contrapuestos, está regulada en el nuevo Código con normas adecuadas para inspirar mayor confianza al propietario y usufructuario y estimularles un interés recíproco para obtener una utilización más provechosa de la cosa, amonestándoles para la mejor comprensión de sus deberes sociales.

Ha sido suprimida la obligación del usufructuario de respetar la forma de la cosa, obligación que no tiene ningún fundamento racional, poniéndose solamente la limitación de respetar su destino económico (artículo 171); se consiente expresamente (art. 170), salvo pacto en contrario, la cesión del usufructo durante un cierto tiempo o por toda

su duración, resolviendo de este modo una cuestión demasiado discutida en el Código anterior; se ha concedido al usufructuario el derecho a resarcimiento por las mejoras que subsistan en el momento de la terminación del usufructo (art. 175).

Tienen singular importancia las normas sobre minas, canteras y hornagueras (art. 177) y sobre el usufructo de bosques (art. 179), cuya disciplina se remite oportunamente en su mayor parte a los usos y prácticas locales.

7.º *Servidumbres.* — Notables modificaciones e innovaciones se han hecho también en lo referente a las servidumbres.

Entre ellas, merecen especial mención la declaración de que la utilidad de la servidumbre puede consistir también en la mayor comodidad y recreo del fundo dominante; el reconocimiento de la admisión de las servidumbres industriales (art. 217) y de servidumbres que tengan como contenido, no una utilidad actual, sino futura; por ejemplo, la servidumbre de presa de agua en favor de un fundo ínculto que se quiere transformar de regadio (art. 218), la admisibilidad de la adquisición de cualquier servidumbre aun discontinua, con tal que sea aparente mediante la usucapión o por disposición del padre de familia (arts. 250-251); el atribuir a la autoridad judicial en materia de servidumbres de paso el poder a instancia del propietario del fundo sirviente, que la servidumbre se cambie sobre otro fundo de este propietario o sobre el de un tercero que consienta en ello, cuando el ejercicio de dicha servidumbre resulte igualmente favorable al propietario del fundo dominante (art. 257); la regulación en esta materia de las servidumbres de conducción eléctrica obligatorias (art. 245) y de paso obligatorio de líneas de conducción aérea (art. 246) que hasta ahora se regían por leyes especiales; la introducción de dos nuevos tipos de servidumbres legales (concesión obligatoria de agua a un edificio o a un fundo), de acuerdo con los postulados de la actual tendencia hacia la más intensa utilización de los bienes principales; esto es, se ha admitido que el propietario de agua pueda ser constreñido a conceder la que sobre, una vez satisfechas sus necesidades, en favor del propietario de una casa vecina a la que le falte el agua necesaria para la alimentación o para los usos domésticos; pero, naturalmente, este último deberá pagar el agua que solicita y sostener los gastos necesarios para la obra de presa y de derivación. La concesión cesa cuando se opere un cambio en las condiciones originarias (art. 238).

La misma servidumbre de concesión obligatoria está establecida para el riego de un fundo privado de agua, cuando en el del vecino sea tan abundante que permita la satisfacción de esta necesidad agrícola; claro está, que esto se entiende, una vez que hayan sido satisfechas las necesidades del propietario (domésticas, agrícolas o industriales) (artículo 239).

8.º *Comunidad*.—El título VII está dedicado a la comunidad. Ante todo, hay que poner de relieve, de un modo general, la disminución de los poderes del particular con el correlativo aumento de los poderes de la mayoría para el mejor goce de la cosa. En efecto, por una parte, la mayoría está autorizada para llevar a cabo incluso actos de innovación (art. 297), con la sola atenuación del recurso ante la autoridad judicial por parte de la minoría disidente (art. 296); por otra parte, aunque todo participe conserva el derecho para solicitar la disolución de la comunidad, la autoridad judicial puede establecer, a instancia de los otros partícipes, una adecuada dilación cuando la inmediata disolución pueda ser perjudicial (art. 300).

Después regula minuciosamente el condominio de los edificios.

Esta institución está actualmente regulada por la Ley de 10 de enero de 1935, número 8: pero encuentra en el Código civil su lugar más apropiado. Por consiguiente, el nuevo Código no podía olvidarla. La disciplina dictada acerca de la misma (art. 306 y sigs.), copiada en gran parte de la actual, está informada por el concepto de que el edificio constituido por locales que pertenecen a distintos propietarios, da vida a una relación compleja, que resulta de una propiedad separada de los locales en particular (casa, piso, negocio, etc.) y de un condominio de las otras partes del edificio mismo, que constituyen los accesorios necesarios para las partes de propiedad individual.

La comunidad de estas partes es obligatoria y forzosa y no puede normalmente ser sometida a la división, y hasta incluso se prohíbe al condómino durante el estado de indivisión, el abandonar o renunciar a la propiedad de las cosas comunes con el fin de sustraerse a la contribución de los gastos necesarios para su conservación.

En cuanto a las innovaciones, modificaciones y uso de la cosa común, el Código se inspira en los criterios antes señalados para la comunidad en general. De una parte, se ha suprimido el *ius prohibendi* del particular y se ha atribuído a la mayoría el poder de disposición acerca de las innovaciones en la cosa, con la única limitación de la

facultad de reclamación ante la autoridad que está concedida a los disidentes, y de la natural prohibición de hacer innovaciones que puedan ocasionar un perjuicio a la estabilidad o a la seguridad de la construcción, que alteren su aspecto arquitectónico o que impliquen un cambio en su destino que hagan inservibles las partes comunes del edificio para el uso o el goce de todos los condóminos.

Por otro lado, el particular también puede hacer a su costa aquellas modificaciones que, dejando inmutable su destino, hagan más cómodo el uso y el goce de la cosa, con tal que no obstaculicen su uso a los otros condóminos y no se les cause perjuicio.

Aun cuando esta disciplina es lo más detallada posible, el Código, a lo sumo, se refiere a la regulación del condominio, porque la Ley, aunque estudia los pormenores, no puede prever todas las situaciones particulares de cada caso de condominio, y, por otra parte, tienen gran eficacia a este respecto las costumbres locales.

9.<sup>o</sup> *Posesión y prescripción adquisitiva.*—También existen algunas innovaciones importantes en esta materia.

La regulación de la posesión ha sido mejorada y completada, coordinando mejor las normas hasta aquí vigentes; se ha abolido la categoría de la posesión legítima como privada de fundamento racional e histórico y se han simplificado los requisitos de la usucapión; se ha adaptado mejor a las exigencias de la producción la regulación de las mejoras que han de resarcirse al poseedor por parte del que detenta la cosa; se ha suprimido la excepción de irreivindicabilidad de las cosas muebles respecto al poseedor de buena fe que el Código de 1865 establecía para las cosas robadas o perdidas y se ha equiparado bajo este aspecto el tratamiento de las cosas muebles al que el artículo 57 del Código de Comercio establece para los títulos al portador.

En materia de prescripción se ha reducido el plazo ordinario de treinta a veinte años, como era opinión unánime de la doctrina, no considerando adecuados para el siglo del telégrafo y del aeroplano los plazos de hace dos mil años; además, se ha introducido una usucapión abreviada para las cosas muebles poseídas de buena fe, llenándose así una laguna del Código precedente que exigía el plazo de prescripción de treinta años.

Por la traducción,  
JOSÉ ESCOBAR.

# El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles. - Edictos. - Precio. - Liquidación de cargas. - Subrogación. - Principio de cobertura

SUMARIO: 1.<sup>o</sup> Conveniencia de este estudio. — 2.<sup>o</sup> Planteamiento del problema. — 3.<sup>o</sup> Tesis. — 4.<sup>o</sup> Situación anterior a la reforma de la Ley Hipotecaria (1909). Censuras de la doctrina. — 5.<sup>o</sup> Reforma de la Ley Hipotecaria. — 6.<sup>o</sup> Discusión del proyecto en el Senado. — 7.<sup>o</sup> Precipitada inteligencia del precepto por algunos. — 8.<sup>o</sup> Subsistencia, extinción y liquidación de cargas.

## 1.<sup>o</sup> CONVENIENCIA DE ESTE ESTUDIO.

La disposición final del artículo 131 de la ley Hipotecaria (reforma de 1909) ha sembrado gran confusión en el foro y en la doctrina.

En el curso relativamente tranquilo de la ley de Enjuiciamiento civil cayó tal disposición como una bomba con espoleta retardada. La explosión no se produjo sino bastantes años después. , y aún no han llegado los efectos a algunos Juzgados (o no le conceden importancia); otros, y la mayoría de los profesionales del Derecho, han caído en el extremo contrario; podemos decir de éstos que sí, se han dado cuenta de la reforma, pero han incurrido en exceso de estimación: pecan por carta (y aun cartas) de más. Algunos otros muestran sorpresa, como si caminando confiados se les parara en seco y se les indicara que había que virar a la derecha o a la izquierda; el camino que hay que seguir en ese viraje, más que camino, parece a muchos senda (y senda borrosa) por la que se puede abocar en despeñadero si no se estudia previamente el campo en que ha de incrustarse la reforma. Quien repase el resumen de las Memorias de los Registradores (año 1929) podrá comprobar inmediatamente esa enorme confusión producida por el parrafito final del artículo 131 de la ley Hipotecaria.

Y para cerciorarse aún más del hecho de tal confusión basta pre-

guntar a unos y a otros: a Jueces, a Registradores, a Notarios, a Abogados, etc.; hay soluciones para todos los gustos, y a nada que ahonde el observador comprobará también que es materia en la que no parece sino que se va "a tientas", con criterio inseguro, no meditado, "no filtrado".

¿Demostración del caos reinante?... En la doctrina abundan las diferencias; los Tribunales no están de acuerdo en la práctica; en su mayoría aplican, o aplicaban, al procedimiento ordinario las normas mismas del artículo 131 de la ley Hipotecaria. Ese equivocado criterio siguen Abogados, Secretarios judiciales, Notarios y Registradores. Fácilmente se adivina lo fecundas que en la propagación de tal error han debido ser las notas puestas en los artículos 1.496 y 1.511 de la ley de Enjuiciamiento civil en la excelente colección de los Sres. Medina y Marañón, tan manejadas en los Tribunales y fuera de los Tribunales (1). De no mucha menor fecundidad en la expresada propagación del error ha debido ser también la nota análoga puesta en los comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil de Manresa (tomó V, pág. 581). La Dirección de los Registros, después de haber dado a entender muy otra cosa en Resoluciones anteriores mejor fundadas, ha pretendido resolver el problema en ese mismo erróneo sentido de la mayoría. El Tribunal Supremo, conociendo del caso tratado por la Dirección, corrige el criterio de ésta, y a pesar de lo terminante del fallo, éste pasa inadvertido y no es comentado en las revistas profesionales..

En las mismas conversaciones que sobre esta materia he sostenido no ha sido infrecuente el encontrarme con la sorpresa de una "durísima resistencia del adversario". Me apoyo en esa mi experiencia para justificar la extensión de este trabajo. Siempre había supuesto que bastarían pocas palabras, expresar escuetamente la idea! Sin embargo Para llegar a la exacta tesis, aceptada por el Tribunal Supremo, ha habido que eliminar el criterio opuesto, que se manifestó pertinazmente en el

(1) En la edición de 1935, los anotadores sostienen que en el procedimiento ordinario los Edictos han de contener las circunstancias de la regla 8<sup>a</sup> del art. 131 de la ley Hipotecaria, y que «estiman derogado el art. 1.511» (véase epígrafe 16 de este estudio).

En cambio, en la edición de 1911 no se hace alusión alguna a la reforma hipotecaria, y así se dan por subsistentes el art 1.516 y concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil, a pesar de que ya en esa edición aparece, como es natural, el texto de la nueva ley Hipotecaria y a pesar de que pondrían los anotadores el consiguiente esmero en anotar las modificaciones y en hacer las oportunas referencias. Ello demuestra hasta qué punto había pasado inadvertida la reforma en cuanto al extremo que estudiamos.

Juzgado, en la Dirección de los Registros, en la Audiencia Territorial y en el Tribunal Contencioso-Administrativo. ¡Una verdadera carrera de obstáculos! Y la doctrina del Tribunal Supremo (¡tan clara!) no ha irradiado aún luz bastante para inundar el campo y deshacer el embrollo; así resulta de la forma en que se han rectificado en la última edición (1943) las aludidas notas de la expresada colección de leyes civiles.

## 2.º PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Para que la atención tome fácilmente interés, y enfocando los efectos finales del *problema fundamental*, puede éste ser planteado así:

"Rematado un inmueble, según los trámites de la ley Procesal civil, en 100.000 pesetas, y estando gravado tal inmueble con hipoteca de 90.000 pesetas. ¿deberá el rematante consignar las 100.000 pesetas, importe del remate, y además pechar con la carga de 90.000 pesetas? ¿Deberá, más bien, deducirse del precio del remate el importe de las 90.000 pesetas que representa la hipoteca que ha de quedar subsistente?" En otras palabras: ¿costará el inmueble al rematante 100.000 pesetas o 190.000 pesetas? ¿Habrá que expresar en los edictos las circunstancias de la regla 8.º del artículo 131 de la ley Hipotecaria?

A estas preguntas, gran número de letrados y prácticos del Derecho contestarán, como cosa obvia, que "el rematante debe consignar 100.000 pesetas y pechar con las 90.000 de la carga, y que las indicadas circunstancias han de ser expresadas en los edictos".

Trato de demostrar que los que así piensan están en un gran error, insostenible incluso en legislación tan imperfectamente expresada como la nuestra.

La materia, según queda indicado, fué objeto de estudio en las Memorias de los Registradores de la Propiedad (año 1929), y con tal motivo D. Jerónimo González y D. Eduardo Martínez Mora publicaron también unas notas en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO del mismo año.

Los elementos de juicio para resolver el problema son de fuerza tajante, y aun en mucho se aproximan a la exactitud matemática; a pesar de tal fuerza, de hecho no coinciden los criterios, y una muy notable mayoría de los profesionales está en el grupo de aquellos que, según decíamos, pecan por "carta de más" en la valoración de la reforma.

## 3.º TESIS.

Hecho estudio de la reforma introducida por la ley Hipotecaria, y comparada la tramitación del artículo 131 de ésta con los trámites de la ley Procesal, se llega lógicamente a las siguientes afirmaciones:

1.º La innovación introducida por la ley Hipotecaria (párrafo final del artículo 131) en el *procedimiento de apremio*, regulado por la ley de Enjuiciamiento, consiste en que "las cargas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito" del actor *han de quedar subsistentes*. A eso, estrictamente a eso, y a todo lo que sea consecuencia ineludible de eso, ha de quedar limitada la innovación.

2.º *No son* aplicables al procedimiento de la ley de Enjuiciamiento civil los detalles consignados en la regla 8.º del artículo 131 de la ley Hipotecaria en cuanto a *Edictos*.

3.º Rematado un inmueble en 100.000 pesetas con sujeción al procedimiento de apremio, y estando gravado con hipoteca preferente de 90.000 pesetas, tal inmueble debe costar al rematante 100.000 pesetas (no 190.000 pesetas). En la liquidación correspondiente (según el artículo 1.511 de la ley de Enjuiciamiento civil), la carga *debe rebajarse del precio* porque estaba incluida en él, y según el artículo 131 de la ley Hipotecaria, debe quedar subsistente. Por tanto, el rematante debe consignar solamente 10.000 pesetas.

4.º Con esa solución se cumplen la letra y el espíritu de lo ordenado en la ley Hipotecaria.

5.º No es lo mismo "subsistencia" de cargas que "no deducción" de cargas.

6.º Si en lugar de aceptar esa solución se adopta la de "consignar 100.000 pesetas y obligar al rematante a que se subrogue en la responsabilidad de las otras 90.000 pesetas, no se hace sino optar por un absurdo, que implica irritante injusticia y desajuste de varios preceptos de la ley Procesal, en los cuales *ni por asomo tocó ni pensó tocar el reformador de la ley Hipotecaria*.

4.º SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA (1909).—CENSURAS DE LA DOCTRINA.

Por aplicación de la ley Procesal, las cosas se desarrollaban sustancialmente así: el inmueble era tasado por peritos; se sacaba a subasta, tomando como punto de partida la valoración pericial; no se admitían en primera subasta posturas que no cubrieran dos terceras partes de tal valoración; en su día se adjudicaba el inmueble al mejor postor; el precio del remate se descomponía en *dos partes*: una estaba representada por el valor de los censos y de las cargas perpetuas, valor que se rebajaba del precio (art. 1.511); otra parte se consignaba por el rematante en equivalencia de las hipotecas preferentes, y con el resto se hacía lo demás dispuesto en la misma ley (1).

Como se ve, los censos y las cargas perpetuas, por un lado, y las hipotecas por otro (aun las hipotecas de rango preferente a la del actor), recibían distinto trato, pues mientras las hipotecas se extinguían (destinando a ello la parte del precio que fuere necesaria), las cargas perpetuas quedaban subsistentes, no se extinguían.

Se podía sostener que el trato dado a las hipotecas era o no lógico, pero, evidentemente, en el precio del remate estaba incluido el valor de ellas, porque el perito tasaba (y tasa) sin deducción de cargas perpetuas ni temporales, y, por tanto, unas y otras estaban incluidas en el tipo de

(1) Prescindimos de la particularidad de que el adjudicatario sea el mismo ejecutante, prevista en el art. 1.519 de la ley de Enjuiciamiento civil; el artículo trataba del caso en que la finca se adjudicaba al ejecutante en pago de su crédito y establecía que tal adjudicación se entendería sin perjuicio de las hipotecas «anteriores a la suya» (y de las posteriores hasta donde alcanzara el precio). Ninguna de las palabras del artículo tiene desperdicio. Los conceptos se cruzan y no reina entre ellos la armonía. Fijándonos ya en el aspecto especial del caso (ejecutante adjudicatario), no he visto ni se vislumbra explicación bastante para esta particularidad; sea rematante el actor mismo, sea otra persona, las hipotecas preferentes deben quedar en la misma situación; sin embargo, la ley establecía ese régimen especial (*ide subsistencia?*) sólo para el supuesto de «adjudicación al ejecutante segundo o tercero acreedor hipotecario» en pago de su crédito. Es una anomalía inexplicada que pertenece ya al terreno de la Historia, pues hoy no rige tal particularidad. Otra anomalía (hermana carnal de ésa) es la que aparecía en el artículo 1.516, según el cual cuando la ejecución se despatchaba a instancia de un segundo o tercer acreedor hipotecario el importe de los créditos preferentes se consignaba en el establecimiento destinado al efecto. Ya se ve que eso había de hacerse no sólo cuando se tratara de ejecutante «segundo o tercer acreedor hipotecario», sino también cuando se tratara de ejecutante *acreedor personal*, si hay hipotecas que le perjudican; esto es claro; pero por si no bastara la claridad natural, abunda la jurisprudencia (vide resolución 15 septiembre 1909). Sobre la interpretación dada al art. 1.519 por Galindo y Escosura, vide infra, epígrafe 17.

tasación; eran números componentes de la total cifra de tasación, y así, para no pagarlas dos veces, era necesario tenerlas en cuenta al liquidar el precio, o sea: era necesario rebajar de éste las perpetuas (porque habían de quedar subsistentes) y consignar el importe de las temporales, que, en consecuencia, se extinguían, se cancelaban; respecto a éstas, el resultado para el rematante era el mismo, pues al consignar el importe y cancelar la carga obtenía él la ventaja económica que tal cancelación representaba; para el rematante, pues, aquel distinto trato respecto a las cargas no arrastraba diferencias económicas (1).

Podemos esquematizar así los momentos del proceso:

- a) Valoración pericial del inmueble.
- b) Adjudicación al mejor postor.
- c) Rebaja o deducción de las cargas que quedan subsistentes (las perpetuas) (2).
- d) Consignación del resto del precio en el Juzgado.
- e) Consignación (por el Juzgado), en el establecimiento destinado al efecto, del importe de los créditos preferentes, y consiguiente cancelación de las hipotecas que los garantizaban (art. 1.516).

Resultado final: queden o no subsistentes las cargas, su importe va en el precio del remate y no altera numéricamente el resultado económico.

Parte de la doctrina censuró las disposiciones de la ley Procesal, no en cuanto dejaban subsistentes las cargas perpetuas ni en cuanto el importe de éstas se rebajaba del precio, sino en cuanto la ley extinguía las hipotecas (pagando la deuda). La censura se fundaba en que así, sin consentimiento del acreedor, a sus espaldas, se modificaba el contrato otorgado con miras a un más largo plazo y con una garantía real; plazo

(1) Hay situaciones anómalas cuyo estudio no alteraría los resultados finales; por ejemplo, supongamos un inmueble que verdaderamente vale sólo 100.000 pesetas y que éste hipotecado en 200.000 pesetas; en tal anómala situación no se podrá decir que las 200.000 pesetas formaban parte del valor de tasación (de las 100.000 pesetas); pero éste es un supuesto ineficaz, porque si por fin la postura no ha de rebasar de las 100.000 pesetas (valor verdadero del inmueble), nada sobrará para el ejecutante y, por tanto, no interesa el remate, no aprovecha a nadie, sea cualquiera el criterio que se sustente en el punto objeto de estudio.

(2) Las servidumbres perpetuas también están incluidas ¿Y si son temporales? Evidentemente hay la misma necesidad jurídica de rebajar su importe. Sin embargo, es posible que influya y decida la forma en que se haya hecho la tasación. El perito tasa «el inmueble» y puede determinar, como perito, qué es lo que vale el perjuicio económico de la servidumbre, sea perpetua o temporal. Respecto a las condicionales, dependerá de los supuestos reales del caso. Las posibles complicaciones han de ser resueltas examinando, además del precepto escueto (demasiado denso y nada desembulado el art. 1.511), la razón de ser del mismo: aún no he visto que los comentaristas se muestren muy explícitos en la materia.

y garantía que desaparecían mediante la consignación ante el Juzgado, sin que el acreedor pudiera evitarlo. En sana doctrina, se podía muy bien sostener que con algunos retoques, y especialmente si los acreedores eran citados, no habría verdadero perjuicio en la cancelación; ellos podían así atender al cobro de sus créditos sin mayor quebranto; después de todo, el contrato por ellos otorgado al formalizar la hipoteca llevaba en sí energía bastante (supuesta esa regulación) para lanzar por los derroteros y por el camino señalado en la ley Procesal todos los derechos, todas las garantías y la vida misma del contrato en esa etapa, en esa derivación implícitamente aceptada por los acreedores; éstos no podían llamarse a engaño, pero evidentemente, repetimos, sustituir mediante una consignación la garantía hipotecaria inicialmente estipulada, no podía satisfacer a los acreedores, máxime no dándoseles siquiera conocimiento de la ejecución.

#### 5.º REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA.

Al ser modificada en 1909 la ley Hipotecaria e introducirse el procedimiento judicial *sumario*, era natural que se tratara de eliminar aquella imperfección que la doctrina creía ver, y para ello en la reforma se estableció que *tampoco* las hipotecas se extinguieran, con lo cual quedaban en esto equiparadas a las cargas perpetuas. Este es el verdadero sentido del párrafo final del artículo 131 (1). La modificación, en este sentido de dejar subsistentes ambas clases de cargas, era para algunos tan natural consecuencia de la naturaleza misma de la hipoteca, que consideraron poco menos que innecesario dicho párrafo, pues se podría invocar útilmente con tales miras la naturaleza misma del contrato (bilateral) que dió origen a la hipoteca. La venta en pública subasta como consecuencia de un procedimiento ejecutivo, no debe diferenciarse ni se diferencia en nada, para estos efectos, de la venta extrajudicial, hecha directamente entre vendedor y adquirente.

Por otra parte, regulando el artículo 131 un procedimiento *sumario*, para evitar trámites y dilaciones se suprimió en él la tasación peri-

(1) «Lo dispuesto en las reglas precedentes en cuanto a la subsistencia de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, será aplicable, no sólo a los casos en que este crédito sea hipotecario, sino también a aquellos otros en que se ejercente cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles.»

cial y se encomendó a los otorgantes mismos de la hipoteca la determinación del tipo de subasta, y se encomendó también a ellos (a su riesgo y ventura) la deducción de las cargas y gravámenes (perpetuas o temporales), con el fin de que no hubiera necesidad de ulterior tramitación para la liquidación de las cargas; así lo exigía el carácter *sumario* del procedimiento.

#### 6.º DISCUSIÓN DEL PROYECTO EN EL SENADO.

Esa innovación (la de señalar acreedor y deudor en la escritura de hipoteca el tipo de tasación, deduciendo ellos mismos las cargas de cualquier clase, para que el procedimiento resultara verdaderamente sumario) tenía sus inconvenientes, cosa que se puso de relieve en la dicha discusión del proyecto en el Senado, y por eso uno de los oradores (Buggalal) sostenia que si al valorar la finca en el documento de constitución del crédito hipotecario "se hacía abstracción absoluta de todos los gravámenes anteriores, y, caso de tenerlos en cuenta, de las cancelaciones posteriores de estos gravámenes", el precio que se señalara a la finca no respondería a la realidad de las cosas, puesto que los licitadores tendrían que hacer la deducción de las cargas; y que si se tenían en cuenta estos gravámenes y la valoración que se fijara para efectuar la subasta partía de la base de la deducción de los gravámenes que existieran sobre la finca, en ese caso también sería un precio que no respondería luego a la realidad de las cosas. "Hay, por consiguiente—decía—necesidad de conservar un trámite que existe en la ley de Enjuiciamiento civil: después de la subasta es preciso *deducir* las cargas del precio fijado en esa misma subasta." El Sr. Alvarez Guijarro contestó que el valor determinado en la escritura de constitución de hipoteca había de ser el que las partes (acreedor y deudor, no los postores) estimaran que les convenía que tuviera en el momento en que la subasta se abriese, y que si se admitiera el trámite de la liquidación de cargas "equivaldría a abrir la mano a una serie inacabable de incidentes"; "son los interesados en la hipoteca los que han de prever las dificultades", "porque desde luego se puede afirmar que es imposible que se dé el caso de que al determinar el valor por que ha de ser sacado a subasta el inmueble o derecho real de que se trate, los interesados (acreedor y deudor) no hayan caído en la cuenta, no hayan tenido presente al pactar, la necesidad de que en el tipo fijado por ellos se disminuyan aquellas car-

gas de que haya sido librado el inmueble o se aumentan las que pue-  
dan venir a perjudicar su valor. Todo eso quedará al cuidado de los  
interesados, a su diligencia para abrigar sus derechos. Nosotros (los  
defensores de la reforma), lo único que hacemos es *no admitir* de nin-  
guna manera como trámite para *este procedimiento lo de la liquidación*  
*de cargas establecido en el juicio ejecutivo*, por las razones antes indi-  
cadas y porque se prohíben los incidentes en este proyecto, y prohi-  
biéndolos y no pudiéndose tramitar, sería *inútil esa liquidación*, que  
ha de estar determinada en la *escritura de constitución de hipoteca*."

Optimista (o apremiado) se mostraba el Sr. Alvarez Guijarro al suponer que los interesados iban a tener en cuenta tales detalles en el momento de formalizar la escritura de hipoteca! Pasaron muchos años desde la reforma y los otorgantes continuaban valorando la finca sin tener en cuenta las cargas preferentes, sin liquidarlas (1). Ni aun la intervención notarial en la formalización de la escritura de hipoteca evitaba el peligro que envuelve la fijación del tipo para la subasta. En la escritura se suele señalar tal tipo mediante la expresión "valoran la finca", y de hecho se apunta ingenuamente a eso, al valor de la finca: así se da con frecuencia el caso de que al constituir una primera hipoteca (de 60.000 pesetas, por ejemplo), se valora la finca (sigue el ejemplo) en 100.000 pesetas, y al constituir una segunda hipoteca (de 25.000 pesetas) entre los *mismos interesados*, se valora de nuevo la finca en las mismas 100.000 pesetas, a pesar de que, por existir ya la primera hipoteca, queda para la licitación cantidad inferior; ello demuestra la buena fe en la valoración, pero los resultados son de indudable inexactitud, y es debido a que la expresión "valoran la finca" no es la que procede emplear; en realidad, no se valora la finca; lo que se hace es *señalar tipo* para subasta; sólo cuando el Notario o los interesados tienen ya experiencia de lo que es el procedimiento sumario se remedian las cosas ("valorando" con la rebaja consiguiente); no basta conocer escuetamente la ley: es necesario "haberla vivido" para que el conocimiento de los detalles del procedimiento lleguen a actuar, a influir eficazmente en aquel otro momento de la "seudovaloración".

Si no estuviera terminante la ley Hipotecaria en su misma expresión literal; si no se pudiera ya "a priori" sentar la afirmación de que

(1) El término «liquidación», que empleó—y empleó bien—el Sr. Alvarez Guijarro, no es sinónimo de «extinción»; ya hablaremos del abuso que se ha cometido por unos y por otros al no darle su genuino sentido.

el *dejar subsistentes* las cargas no quiere decir que *no se liquide* su importe; si no bastara la consideración de que para el procedimiento ordinario la ley no tiene interés ninguno (como lo tiene para el *sumario*) en que las cargas se entiendan ya deducidas al *hacer una postura* o al *señalar tipo de subasta*, bastaría para obtener el mismo resultado la lectura de la discusión parlamentaria; los términos de ésta (siempre y muy particularmente en el presente caso) arrojan luz bastante sobre qué es lo que se dijo en la ley, qué es lo que se quiso decir, en su caso, y qué es lo que las Cortes aprobaron.

Ya Morell y Terry, comentando todo esto, sostiene que como las cargas anteriores y las preferentes (en el procedimiento *sumario mismo*) han de ser respetadas, los licitadores han de apreciar su importancia y tenerlas en cuenta el Juzgado, "porque es claro que deben *deducirse del precio*". Alude luego a los inconvenientes que tiene (aun en el procedimiento *sumario*) el valorar la finca al otorgar la hipoteca sin saber si los gravámenes preferentes continuarán o no vigentes al reclamar el crédito, "por lo cual—dice—es lo natural y es lo corriente que se fije (para la subasta) el valor de la finca libre, o sea sin deducción de cargas. Lo único que podrán hacer las partes es prever esas contingencias y expresar que del valor fijado se deducirá en su día el importe de las cargas preferentes". En los reparos tiene razón Morell; tiene razón en la censura; en lo que ya no acierta es en proponer ese remedio (para el procedimiento *sumario*), pues ello sería complicar el procedimiento, quitarle brevedad y dejaría éste de ser *sumario*. (V. Res. 4 diciembre 1929.)

#### 7.º PRECIPITADA INTELIGENCIA DEL PRECEPTO POR ALGUNOS.

El daño está en que, a pesar de la claridad que se desprende de todo eso, las palabras del párrafo final del artículo 131 no han sido bien interpretadas; algunos han sacado la errónea conclusión (que luego se ha extendido en forma alarmante) de que *en todo* es aplicable el contenido de este artículo (*edictos, no liquidación de cargas, etc.*). Es una conclusión absurda, los hilos o causas de cuya desviación son fáciles de descubrir. El criterio para llegar a esta conclusión sería tan estrecho y poco técnico que no dejaría titíere con cabeza en todo el tinglado legislativo. Imagínese que con un criterio de ese estilo, con una interpreta-

ción tan elemental (así, como se ofrece a primera vista un precepto, en ligera impresión) se tratará de aplicar el artículo 108 de la ley Hipotecaria (el usufructo del viudo y el de los hijos no serían hipotecables en Castilla), o el artículo 31 de la misma ley, o el artículo 27.

El párrafo objeto del comentario establece, es cierto, que lo aplicable es lo dispuesto en "las reglas" precedentes. ¿Puede esta expresión llevar a la consecuencia de que es aplicable todo lo demás de las reglas que de cerca o de lejos toque el procedimiento mismo? Hay que desechar una tal interpretación, pues lo único que quiere la ley es que en el otro procedimiento, en el ordinario, se dejen también subsistentes las cargas; eso es lo único que puede interesar al sistema, y para aplicar lo demás que no sea eso se necesita arrostrar una gran mole de absurdos, como veremos. Si hubiéramos de ir empalmando así las referencias dentro del artículo, nos encontraríamos con que no sólo se habrían de aplicar esas normas relativas a edictos, sino también a aquella otra (determinante de ésa) que establece la necesidad de la previa valoración por los otorgantes en la escritura de hipoteca (de la hipoteca origen del procedimiento bien entendido, no de las hipotecas que han de quedar subsistentes). Esta consecuencia sería ineludible en aquella interpretación. ¿Cómo vamos a aceptar ese enlace de consecuencias si abocan en que ha de preceder una escritura de hipoteca que de hecho no existe (la acción que da origen al procedimiento puede ser personal) y si de este dato (inexistente) arrancarían todas las demás necesariamente? Descartada, pues, tal interpretación, sólo quedaría examinar si es compatible con nuestra tesis la expresión *literal* del texto de la ley, y, en cuanto a esto, podemos rotundamente afirmar que, supuesto en el legislador el pensamiento de aplicar sólo lo de "que queden subsistentes las cargas", el mismo legislador pudo muy bien, sin gran deterioro del lenguaje, emplear aquella forma de expresión, pues, en efecto, la modificación consistente en que las cargas han de quedar subsistentes está contenida en *las reglas* anteriores, está en una de ellas, o diluida en ellas, y así, no debe extrañar que el legislador aluda en síntesis al artículo y a *las reglas* del mismo, sin puntualizar más. El párrafo final surgió a última hora, apuntando exclusivamente a ese efecto que decimos.

Por sistema, especialmente en materia que puede desembocar en derroteros peligrosos es necesario, al analizar la ley, al interpretarla, plantearse el problema mismo que se planteó el legislador; así será más

fácil llegar al exacto sentido de la letra, de la expresión; la "intención" y la "letra" se ayudan así recíprocamente, y, de paso, se vivifica la facultad crítica, que a su vez repercute en la tarea de producción del Derecho. Renunciar a eso tiene mucho de "suicidio" (para lo futuro) y de "muerte por asfixia" de la ley ya dictada.

No pretendemos sostener que la ley ha dicho una cosa y ha querido decir otra, no. Acatamos al pie de la letra (y con arreglo al espíritu de la ley misma) lo que ésta ha dicho, a pesar de las imperfecciones y deficiencias con que lo ha dicho; aceptamos la interpretación literal y la lógica; si en un *procedimiento ejecutivo* se dejan subsistentes las cargas, se ha de entender que queda cumplido al *pie de la letra* lo dispuesto en este párrafo, y queda también cumplido automáticamente su espíritu, o sea aquello de que no se "extingan con parte del precio" o "que no se destine a su extinción parte del precio". Una buena hermenéutica exige no dar a un precepto de carácter derogatorio sino el alcance que terminantemente expresan las palabras o exige el espíritu de la ley; en castellano, el texto del párrafo final del artículo 131 de la ley Hipotecaria se concreta a establecer "como aplicable" (que ni siquiera aparece como obligatorio) lo relativo a la *subsistencia* de las cargas. En cuanto al *espíritu de la ley*, en cuanto al sentido de la reforma, es claro que en el procedimiento de apremio *lo único que interesa al sistema* es que las cargas queden subsistentes. No interesa que salgan a subasta los inmuebles con las cargas ya deducidas del tipo de tasación, ni que se deduzcan luego; en cuanto a esa alternativa, el sistema se muestra totalmente indifente. Si para el procedimiento sumario la ley vino a obligar a los otorgantes (deudor y acreedor) a que las dedujeran antes por sí y ante sí, fué no por necesidad del sistema, sino porque la ley quería brevedad en el procedimiento.

#### 8.º SUBSISTENCIA, EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE CARGAS.

Ya en las primeras páginas del resumen de las Memorias de los Registradores (1929) se confunden (al identificarlos indebidamente) los términos "liquidación de cargas" y "extinción de cargas". La expresión "liquidar" es de significado claro, ya en su sentido etimológico, ya en su sentido usual corriente; no es lo mismo "crédito líquido" que "crédito extinguido", ni es lo mismo "liquidar unas cuentas" que

"pagarlas". En la ley Procesal se establecería el sistema de *liquidación* de *todas* las cargas preferentes, pero sólo se *extinguían* las temporales; las perpetuas, que también se incluían en la *liquidación*, no se extinguían. La indebida confusión de tan claros conceptos se refleja ya, digo, en las primeras páginas del extracto de las Memorias. "Aunque este sistema es de liquidación—dicen refiriéndose al anterior a la reforma—no es absoluto, pues se dejan *subsistentes* los censos y cargas perpetuas .." Insisto en ese aparentemente pequeño detalle, porque si no se tiene un poco de esmero en el uso apropiado de los términos, si no fijamos los conceptos, no habrá posibilidad de ver el problema ni habrá posibilidad de pensar siquiera en resolverlo; creo sinceramente que el haber confundido "liquidación" con "extinción", el haber opuesto "liquidación" a "subsistencia", ha envenenado no poco el "entender" en esta materia. En efecto; la Resolución de 22 de noviembre de 1929 habla incidentalmente de la "equiparación entre ambos procedimientos" (el ordinario y el sumario) "no sólo respecto a ciertos efectos de la anotación preventiva tomada en el primero o de la nota extendida en el segundo, al librar la certificación de asientos, sino también por la transformación en ambos procedimientos del *sistema de liquidación* de cargas en *sistema de subsistencia* de los derechos y gravámenes preferentes". Aquí aparece peligrosamente empleada la palabra liquidación; pero, ¿qué sentido debemos darle? Puesto que la opone a "subsistencia", no cabe interpretarla sino en el sentido de "extinción de cargas" (mediante el pago de las correspondientes deudas). Lo exacto habría sido, pues, decir que el sistema de *extinción* de cargas se transformaba en sistema de *subsistencia* de "...: pero no lo dijo así, y esa falta de cuidado o de exactitud, de que adolece el Considerando, ha sido causa de desviaciones, sin duda, pues los anotadores de "Leyes civiles de Medina y Marañón" (edición de 1935), en nota al artículo 1.511 de la ley Procesal civil, *tomando pie del referido Considerando*, llegan a decir que ya la diligencia de *liquidación* de cargas es innecesaria (!!!). La pequeña impropiedad de lenguaje (al suponer antitéticos ambos términos) ha llevado a los dichos anotadores al gran error de suponer innecesaria la diligencia de liquidación; con buen sentido crítico parece apuntar D. Jerónimo González a ese fenómeno cuando dice (1) que "la advertencia de que no se destine cantidad alguna a la extin-

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1929, pág. 125.

ción de cargas no resuelve el problema, porque con arreglo al artículo 1.511 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, no se extinguían los censos y demás cargas perpetuas y, sin embargo, se rebajaba su capital del precio y se obligaba al comprador a consignar tan sólo la diferencia".

Si en la diligencia de liquidación del artículo 1.511 de la ley de Enjuiciamiento civil se *determina* el valor de las perpetuas y de las no perpetuas (como se hacía antes y se debe hacer ahora), y se dejan subsistentes las perpetuas (como se hacía antes) y las temporales (como se debe hacer hoy, por aplicación del artículo 131 de la ley Hipotecaria) tenemos así *en una sola pieza* el sistema de "liquidación" y el de "subsistencia"; luego no se oponen ambos sistemas; luego de que unas y otras cargas hayan de quedar subsistentes, no se deduce que no han de ser objeto de *liquidación*, de determinación numérica.

Por añadidura, en la resolución que dió lugar a dicha nota no se enfocaba directamente este problema, sino que la cuestión principal era "si había que anotar preventivamente el embargo de los bienes perseguidos". Ya es fácil imaginarse a cuántos habrá arrastrado en el error la notita esa. ¡Redada abundante! Así saltó el error a los Tribunales, y ya ni se discutía siquiera. En sentido contrario, rectificando el error (aunque sin hacer a él referencia expresa), vuelve por los fueros de la exactitud D. Manuel de la Plaza, en su obra "Derecho procesal civil español" (II, pág. 557).

Reconozco que la palabra "liquidación" es, a veces, empleada en sentido vulgar, corriente, a espaldas de la Academia (y perdóneseme la innecesaria invocación de la autoridad de ésta), significando entonces la idea de pago; por eso, teniéndolo en cuenta, he dicho que la Resolución de 22 de noviembre de 1929 la emplea en ese sentido de "extinción" de la carga (mediante el "pago" de la deuda); pero, no siendo ese el sentido propio de la palabra, da lugar a confusiones, como se ha visto.

BENEDICTO BLÁZQUEZ.

Notario.

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

EL HECHO DE LA INSCRIPCIÓN DE UN DOCUMENTO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD NO IMPIDE QUE EL NOTARIO PUEDA, CON POSTERIORIDAD, INTERPONER EL CORRESPONDIENTE RECURSO GUBERNATIVO PARA SALVAR SU DECORO Y PRESTIGIO PROFESIONAL, SÓLO A LOS EFECTOS DE QUE SE DECLARE QUE LA ESCRITURA SE HALLA EXTENDIDA CON ARREGLO A LAS PRESCRIPCIONES Y FORMALIDADES LEGALES.

*Resolución de 15 de enero de 1944. "B. O." de 27 de febrero.*

Ante el Notario de Guecho, don Juan Mantilla Aguirre, se otorgó el 28 de mayo de 1942 una escritura de compraventa por la que cuatro señores y los herederos de otra señora vendían a otros dos el pleno dominio de 11 dozayas partes de una finca; solicitándose en la misma escritura la inscripción del derecho hereditario de la tercera parte indivisa de la finca que se vendía a favor de los indicados herederos vendedores —que eran cuatro—por óbito intestato de su madre, a cuyo efecto el Notario hacía constar en la repetida escritura que acompañaba a ella testimonio notarial del testimonio judicial del auto de declaración de herederos.

Presentada la escritura en el Registro de Bilbao se suspendió su inscripción porque el testimonio notarial del auto de declaración de herederos no se considera título suficiente para la inscripción que se solicita, referente al derecho hereditario de los cuatro hijos, a tenor de los arts. 3.<sup>o</sup> y 21 de la Ley Hipotecaria y 71 de su Reglamento, y Resolución de 31 de diciembre de 1892.

Posteriormente se presentó en el Registro, por el oficial de la No-

taría, el testimonio judicial del mencionado auto, extendiéndose la inscripción.

Pero interpuesto recurso por el Notario autorizante, por entender que la nota calificadora perjudica a su honorabilidad y crédito profesional, ya que él consideraba en la escritura que es suficiente para obtener la inscripción del derecho hereditario la presentación en el Registro de un testimonio notarial del testimonio judicial del auto de declaración de herederos abintestatos, sin que sea forzosamente necesaria la aportación de éste último, la Dirección, *confirmando* el auto del Presidente de la Audiencia que ordenó al Registrador emitiese el oportuno informe sobre el fondo del asunto, que dicho funcionario omitió basándose en que el Notario había perdido su personalidad para recurrir por haber aceptado la calificación presentando, dentro del término legal para subsanar los defectos del título, el testimonio judicial del auto de declaración de herederos abintestato, ha declarado—en síntesis—lo que expresado queda en el encabezamiento, añadiendo que el interesante tema relativo a la diferencia que existe entre la inscripción del derecho hereditario en abstracto y la inscripción de la transferencia concreta o adjudicación de una finca o participación en la misma a favor de varios herederos, así como la fijación de los documentos o títulos necesarios para efectuar las operaciones respectivas, plantean problemas de gran trascendencia que sólo podrán ser formalmente discutidos cuando se haya dictado por el Presidente de la Audiencia Territorial el auto correspondiente.

LOS ASIENTOS DEL REGISTRO SE HALLAN BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES Y PRODUCEN TODOS SUS EFECTOS NO SÓLO EN CUANTO AL CONTENIDO GLOBAL DE LAS INSCRIPCIONES, SINO TAMBIÉN RESPECTO DE LOS PARTICULARES QUE PUDIERAN ACREDITAR LOS DERECHOS DE TERCERAS PERSONAS, MIENTRAS NO SE DECLARE SU NULIDAD, SE DECRETE LA CADUCIDAD DE LAS MENCIONES O SE RECTIFIQUE EL ASIENTO.

*Resolución de 22 de enero de 1944. "B. O." de 3 de marzo.*

Don G. de P. falleció bajo testamento cerrado, en el que dispuso lo siguiente: "Usando de la facultad que me conceden las leyes, mejoró

en el tercio y el remanente del quinto de todos mis bienes a mi hija, la señora doña A. de P. y a uno o más de sus hijos en la forma siguiente: La mejora la disfrutarán primeramente dicha señora, mi hija, "en usufructo" por todos los días de su vida, y después de su muerte pasará a sus dos hijos mayores, don F. y doña M., "en plena propiedad" por iguales partes, pero si alguno de estos dos falleciese sin descendientes legítimos, su parte acrecerá al otro, y si ambos, mis nietos, don F. y doña M. fallecieren sin descendientes legítimos, la mejora del tercio y remanente del quinto pasará en plena propiedad a todos los demás hijos y descendientes legítimos de mi hija doña A. por el orden legal de las estirpes."

Practicada la partición de bienes de don G. de P., se formaron a su hija, doña A., tres hijuelas: Una para pago de deudas; otra, para pago de su legítima, y la tercera, por la mejora en usufructo con que fué favorecida por su padre con el fin de "que a su muerte pasen los bienes que la constituyan a sus hijos don F. y doña M., con derecho de acrecer en el caso de fallecer sin sucesión legítima, y en el caso de que ambos fallecieran sin tal sucesión, corresponderá esta mejora, en cuanto a la nuda propiedad, y después de la extinción del usufructo, en cuanto al pleno dominio, a todos los demás hijos y descendientes de dicha señora"; habiendo sido adjudicada a ésta, entre otras fincas, la hacienda denominada "Atalaya Alta" o "Compañía" en nuda propiedad, "condicionalmente hasta que tengan los dos hermanos sucesión, como se ha indicado", según consta en la correspondiente inscripción que se practicó en el Registro de la Propiedad de Carmona.

Efectuada la división de los bienes integrantes de la mejora entre los dos hermanos, mediante escritura al efecto, se hizo constar en la misma "que están persuadidos dichos interesados de que son ya dueños absolutos por mitad e iguales partes de los inmuebles objeto de la expresada mejora, sin que ese dominio pleno tenga ya, según dicen, ninguna restricción ni limitación"; inscribiéndose a nombre de don F. la expresada finca, sin perjuicio de las condiciones con que tuvo lugar la mejora hecha por don G. de P.

Por nota al margen de la inscripción arriba citada se consignó que "habiendo fallecido doña A. de P., se ha consolidado el usufructo que gozó de la finca de este número con la nuda propiedad en cuanto a la mitad de la misma en don F. G., sin perjuicio de las condiciones con que tuvo lugar la adquisición".

Y por escritura de 24 de noviembre de 1939, de la cual dió fe en Sevilla el Notario don Fulgencio Echaide, vendió don F. G. una parcela de tierra plantada de olivos, segregada de la hacienda "Atalaya Alta" o "Compañía", a don J. P. L. por el precio de mil pesetas, estipulándose que "como la finca la adquiere el comprador para realizar obras y construcciones en ella y para el servicio de otra finca de su propiedad, le es imprescindible que su dominio sobre la misma no quede sometido a condición resolutoria ni sustituciones de especie alguna, por lo cual es condición esencial del contrato que tal finca se inscriba a nombre del comprador libre de dichas restricciones, pues en el caso de que la inscripción tratase de condicionarse procederá su denegación, ya que los contratantes establecen la inscripción bajo las condiciones dichas como esencial para el contrato presente".

Presentada primera copia de esta escritura de compraventa en el Registro de Carmona, se puso por su titular la siguiente nota: "No admitida la inscripción libre de restricciones que se pretende en el presente documento porque la finca total de donde procede, la que es objeto de aquél, figura inscrita a favor del transmitente "sin perjuicio de las condiciones con que tuvo lugar la citada mejora hecha por don G. de P.", cuyas condiciones se desprenden de lo consignado en el testamento de dicho señor que aparecen en la inscripción correspondiente."

Interpuesto recurso, la Dirección, ratificando el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota recurrida, ha declarado, a más de lo que figura en el enunciamiento, lo siguiente:

Que para calificar el poder dispositivo del vendedor en relación con el pacto establecido por los otorgantes de la escritura como "condición esencial" del contrato, y según el cual la eficacia de la venta estará subordinada al hecho de que la inscripción correspondiente se efectúe sin "condiciones resolutorias ni sustituciones" de cualquier clase que sean y especialmente de las que pudieran dimanar del testamento del abuelo del transferente, hay que cotejar los términos precisos empleados en el documento, que el recurrente trata de inscribir en forma determinada, con las expresiones consignadas en los asientos extendidos en el Registro de la Propiedad de Carmona.

Que la cláusula testamentaria inserta en el primer Resultando fué reflejada en dicho Registro con frases que se copiaron en la nota impugnada, las cuales dimanan de la escritura particional de la herencia

del abuelo del vendedor; y, de acuerdo con estos antecedentes, en la certificación literal acompañada al escrito de interposición del recurso consta que el acta de inscripción se redactó en los siguientes términos: "en su consecuencia, doña A. de P. inscribe el usufructo de esta finca y de otras 36 más durante su vida y don F. y doña M. G. inscriben la nuda propiedad de las fincas condicionalmente hasta que tengan sucesión como se ha indicado"; y, además, se hizo la misma salvedad en las notas marginales de consolidación del usufructo con la nuda propiedad por fallecimiento de doña A.

Que aunque pudo discutirse y resolverse al tiempo de ser autorizada la mencionada escritura particional, el problema de si el llamamiento de los demás hijos y descendientes del causante había de referirse exclusivamente al momento de la muerte de la usufructuaria, y, en el supuesto de que se hubiera aceptado este criterio, la institución provocaría los efectos de una sustitución parecida a la vulgar (es decir, premuerto a la usufructuaria uno de los dos hermanos primamente designados sería llamado el supérstite, y si ambos hubiesen fallecido sin dejar sucesión, antes que su madre, el llamamiento sería a favor de los demás hijos y descendientes que existiesen al óbito de ésta), es lo cierto que en la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad de Carmona aparece decidido el problema aludido en cuanto resulta previsto no sólo el caso de morir ambos hijos mientras subsistiese el usufructo, sino también el caso acaecido en que su fallecimiento ocurriese después de la extinción del usufructo por la muerte de la madre, pues con la mira puesta en ambas hipótesis se inscribió condicionalmente a favor de los mismos la nuda propiedad.

Que por hallarse los asientos del Registro bajo la salvaguarda de los Tribunales y producir todos sus efectos no sólo en cuanto al contenido global de las inscripciones sino también respecto de los particulares que pudieran acreditar los derechos de terceras personas, mientras no se declare su nulidad, se decrete la caducidad de las menciones o se rectifique el asiento, ha de adaptarse la resolución del recurso al contenido de los hasta ahora practicados.

Y que si el vendedor estimare que, por lo que se refiere al caso discutido, se ha padecido una equivocación al efectuar la inscripción a su favor, lo procedente será no prescindir del contenido del asiento, sino instar la nulidad o rectificación del mismo conforme a las normas legales; y mientras no se siga tal procedimiento, el artículo 51 del

Reglamento Hipotecario será un obstáculo que se opondrá a la tesis del recurrente.

En el tercero de los transcritos considerandos recoge el Centro Directivo—en síntesis, como todas las suyas, insuperable—la cuestión batallona o problema que con habilidad y maestría plantea el recurrente referente a la eficacia y proyección de la cláusula testamentaria del causante, resolviendo que “como en el Registro de la Propiedad de Carmona aparece decidido el problema aludido en cuanto resulta previsto no sólo el caso de morir ambos hijos mientras subsistiese el usufructo, sino también el caso acaecido de que su fallecimiento ocurriese después de la extinción del usufructo por la muerte de la madre, pues, con la mira puesta en ambas hipótesis, se inscribió a favor de los hijos condicionalmente la nuda propiedad y los asientos practicados se hallan bajo la salvaguarda de los Tribunales, si el vendedor estimare que se ha padecido una equivocación al efectuarlos, lo procedente es instar su nulidad o rectificación; lo que estimamos de irreprochable lógica y consecuencia hipotecaria.

OMISIÓN DE CÉDULAS PERSONALES. FALTA DE CONSIGNACIÓN EN EL AUTO DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS DE LA CERTIFICACIÓN DEL SECRETARIO DE LA JUNTA DEL COLEGIO NOTARIAL, CONFORME AL DECRETO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1936. POSIBLE INCORRECCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS AL DECLARAR TALES EN ELLA A LOS SOBRINOS DEL CAUSANTE EN VEZ DE AL PADRE DE LOS MISMOS, FALLECIDO CON POSTERIORIDAD A AQUÉL. ¿EXISTE INFRACCÓN DEL PÁRRAFO 8.<sup>º</sup> DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA AL ADJUDICAR A UN SOLO HEREDERO PARA SU VENTA UNA FINCA YA ENAJENADA POR EL CAUSANTE, TODA VEZ QUE SE OMITE EN EL DOCUMENTO PARTICIONAL LA EXISTENCIA DEL QUE PRUEBE LA VENTA EFECTUADA POR EL CAUSANTE, PRECIO, FECHA Y DEMAS CIRCUNSTANCIAS DEL EN QUE SE EFECTUÓ DICHA VENTA?

*Resolución de 4 de febrero de 1944. "B. O." de 17 de marzo.*

Dos hermanos fueron asesinados por las hordas marxistas, los días 5 y 6 de agosto, respectivamente, de 1936, ambos sin otorgar

testamento, el primero soltero y el segundo casado, dejando este último viuda y cinco hijos, la cual, después de hacer constar que no existían bienes en la sociedad conyugal y que renunciaba a los gananciales y cuota legal usufructuaria de los bienes que en lo sucesivo pudiesen aparecer, procedió, en nombre de sus hijos y en unión de otros dos hermanos de los fallecidos, a practicar las operaciones divisorias de ambos, resultando del inventario de bienes del primer fallecido, o sea el soltero, una finca que se adjudicó a uno de los herederos para que otorgase la correspondiente escritura al comprador de ella, toda vez que figuraba vendida por el causante.

Se acompañó la declaración de herederos del expresado primer causante a favor de los dos hermanos sobrevivientes del mismo y de los hijos del otro hermano, también asesinado, los cuales heredarían por estirpes, no insertándose en el mismo la certificación del Secretario de la Junta del Colegio Notarial.

Presentado el cuaderno de particiones acumuladas, que fué protocolizado por escritura otorgada en Archidona, ante el Notario D. Luis Cárdenas, en el Registro de Antequera, fué rechazada la inscripción de la finca antes expresada por los cuatro defectos que, en extracto, aparecen en las líneas del encabezamiento.

Entablado recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma el auto apelado, que revoca la nota del Registrador, y declara que la escritura se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, justificándose en cuanto al primer defecto, por las circunstancias trágicas del caso, por haberse suprimido por la Ley de 19 de enero de 1943 el impuesto de Cédulas personales y, en fin, porque existen otros elementos, como el auto de declaración de herederos, que permiten aclarar las sospechas que pudieran abrigarse respecto de la verdadera personalidad de los interesados. En cuanto al segundo, que como el Decreto al principio citado exigía, además de la certificación del Colegio Notarial, la del Registro de Actos de Ultima Voluntad, que funcionaba en la Comisión de Justicia de la Junta Técnica de Burgos, y éste se acompañaba, bastaba a los efectos del caso. En cuanto al tercero, que las declaraciones de herederos se hallaban bajo el amparo y salvaguarda de la autoridad que los dictó y que, según reiterada jurisprudencia de este Centro, las facultades calificadoras de los Registradores, tratándose de documentos judiciales, están limitadas a la competencia del Tribunal y a la congruencia del man-

dato con la naturaleza del juicio y de los trámites seguidos para su resolución. Y, finalmente, respecto al último defecto, que cualquiera que sea la posición adoptada en materia de adjudicaciones de bienes hechas en las operaciones particionales de una herencia—materia cuidadosamente distinguida por este Centro según las hipótesis—, han de reconocerse a los herederos amplias facultades para distribuir el caudal de la manera que estimen conveniente y para formalizar las transmisiones de bienes llevadas a cabo por el causante con deficiente titulación, pues de esta manera cumplen las obligaciones del mismo y contribuyen a la debida concordancia entre el estado jurídico de las fincas y las declaraciones del Registro; que desde el momento que todos los interesados en la partición reconocen la certeza de la venta y consienten en que se formalice por la persona a quien se adjudica el inmueble, el Registrador no debe indagar los pormenores, circunstancias y condiciones bajo las cuales el causante llevó a cabo la transmisión, que aparece como causa jurídica de una obligación por nadie puesta en duda; y que la aplicación del párrafo 8.º del artículo 20 de la ley Hipotecaria no encaja en el caso discutido, porque, lejos de pretenderse ahorrar una inscripción, se busca precisamente llevarla a cabo en la persona de uno de los herederos, que, como titular de disposición según el Registro, podrá formalizar la enajenación en cierto modo consumada en vida del causante, pero en la actualidad pendiente del otorgamiento de un título que en su día será objeto de la debida calificación.

G. CÁNOVAS COUTIÑO,  
Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1944.—*Compraventa con pacto de retro.*

La naturaleza jurídica de un contrato la determinan los derechos y obligaciones que establecen sus cláusulas principales, en relación con los preceptos legales que regulan la materia contractual; siendo indispensable atenerse, como norma de actuación en el examen de estos elementos de juicio, al artículo 1.281 del Código civil, preceptivo de que las palabras de los contratos deben tomarse lisa y llanamente como suenan, si manifiestamente no son contrarias a la intención de los contratantes, y no olvidar que, como enseña la sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 1920, la interpretación legal y doctrinal sólo es necesaria cuando para resolver dudas y ambigüedades no bastan los términos claros y precisos del documento que se trata de explicar. El Tribunal *a quo* analiza el valor jurídico del contrato que es objeto del documento privado de cesión de bienes de 24 de julio de 1935, y utilizando sus mismos términos, sin recurrir a apreciaciones de prueba, llega a la conclusión de que no tuvo el alcance de transmitir a José Coll la propiedad de dichos bienes, porque lo concertado fué una cesión con la finalidad única de garantizar el reintegro o devolución de las 50.000 pesetas de que se había reconocido deudor José Pastor en una escritura pública de fecha anterior; y deduce que este último viene amparado por las disposiciones del Poder público sobre moratorias y que también le amparan estas disposiciones en el supuesto de que lo convenido sea una venta con pacto de retro, porque al abonar la cantidad convenida para ejercitarse el derecho derivado de este pacto supone efectuar un pago; y a estas afirmaciones de la sentencia recurrida habrá que oponer que, si bien es cierto que en la parte exposi-

tiva del documento los interesados declaran que contratan para dejar asegurado a Coll el pago de las 50.000 pesetas, estas frases han de tomarse como expresión del fin psicológico que les movía a contratar, pues en las estipulaciones consignan que los hermanos Pastor, "como garantía de la deuda expresada y en pago condicional de la misma, ceden, traspasan y adjudican a favor de D. José María Coll los bienes", conceptos que reiteran en cláusulas sucesivas cuando dicen que "las cesiones realizadas tendrán el concepto de revocables si Pastor paga a Coll las 50.000 pesetas en los plazos y condiciones que convienen, al establecer determinadas prevenciones en relación con el derecho de retraer al pactar la formalización de un arrendamiento de la maquinaria y enseres vendidos" y al llevar a efecto este contrato en la misma fecha y en documento aparte, haciendo figurar a Coll como arrendador en calidad de "dueño" de los bienes. Esta actuación contractual ajustada a la finalidad practicada que en la realidad de la vida del derecho se asigna al contrato de compraventa, cuando se le adiciona el pacto de retroventa como facultativo a favor del enajenante, previsto en el artículo 1.507 del Código civil, no debe quedar desconocida mediante una interpretación que, prescindiendo del valor gramatical de la palabra y del tecnicismo jurídico, priva al contrato de sus naturales efectos, pues la cesión *pro soluto* o dación en pago, opera como la compraventa, la traslación del dominio por precio, si bien éste en la dación está representado por el crédito de que se da por satisfecho el acreedor; y es por esto inconcebible, legalmente, la cesión de bienes para garantizar el pago de una deuda, porque el que paga no garantiza, sino que extingue su obligación, como es también incomprensible que pueda establecerse un derecho de retracto a favor de quien no llega a desprenderse del dominio de los bienes a que ha de referirse tal derecho. En consecuencia, que el expresado Tribunal, al acoger una interpretación del contrato dicho que no concuerda con sus términos claros y precisos y que le priva de su verdadera eficacia, infringe el ya citado artículo 1.281 del Código civil y también el 1.445, que fija el concepto del contrato de compraventa, así como el 1.507, que define el retracto convencional, y el 1.509, que establece el efecto que para el vendedor produce el transcurso del término convenido para ejercitarse su derecho sin haber reintegrado al comprador del precio de la venta y de las demás responsabilidades a que se refiere el artículo 1.518; infringiendo asimismo la doctrina legal que en relación con

estos preceptos invoca el recurrente en los dos primeros motivos del recurso, toda vez que la sentencia razona a base de esa falta de reintegro, fundamento esencial de la demanda. Con igual criterio interpretativo, la sentencia recurrida discurre sobre el contrato de arrendamiento de maquinaria y enseres, y afirma que no es independiente del de cesión o venta ya examinado, sino su consecuencia inmediata y complemento, como celebrado con el mismo designio de garantizar la liquidación del negocio de la fábrica de tejidos, y de aquí deduce el Tribunal sentenciador que a este contrato de arrendamiento son aplicables también las disposiciones sobre moratorias y que el actor no puede denunciar su incumplimiento para darlo por terminado; y como este criterio contradice abiertamente cuanto los interesados convinieron en el documento de formalización del arrendamiento y priva de eficacia al contrato con desconocimiento de los artículos 1.543, 1.555 y 1.556, en relación con el 1.124 del tan repetido Código civil, pues también está reconocida en la sentencia la falta de pago del precio pactado, procede declarar igualmente la casación por estas infracciones denunciadas en el tercer motivo del recurso.

SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1944.—*Artículos 1.124 y 1.127 del Código civil.*

Al interpretar esta Sala recientemente el contenido y alcance del artículo 1.124 del Código civil, ha cuidado de hacer notar en su sentencia de 5 de julio de 1941, que el carácter facultativo que a la acción de resolución se otorga y la potestad que a los Tribunales se atribuye de moderar prorrogándolo el plazo de cumplimiento, revela el propósito de impedir, en homenaje al respeto que los contratos lícita y válidamente celebrados merecen, que se pronuncie la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se patentice, por modo indubitable, o una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o un hecho obstativo que, de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida; lo que no es, en resumen, sino una confirmación de lo que ya dijo la sentencia de 5 de enero de 1935, que, al referirse, en síntesis, a las diversas orientaciones doctrinales en punto al fundamento de aquella norma que es la que esencialmente entra en juego en el caso de autos, se preocupó de advertir, no sin que rehuyera un peligroso propósito generalizador, que la apli-

cación de la que califica de excepcional facultad exige un verdadero y propicio incumplimiento de parte de los contratantes, y que a él, en algunos casos, no es equivalente el mero retraso en el pago, porque éste no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido en el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés jurídicamente protegible en que se decrete la resolución; todas cuyas consideraciones ponen de relieve que en caso de tan singulares características como el que está en litigio, ha de estarse a la orientación y términos de esa doctrina; y que, al recogerlas, en su sentido propio, aunque no en su concreta expresión jurisprudencial, la Sala no ha infringido ninguno de los preceptos y doctrina.

Examinada en particular la cuestión que es objeto del motivo tercero, principalmente en relación con el artículo 1.127 del Código civil, es preciso notar que, si bien la expresada norma, especificando lo que respecta al particular disponía nuestro Derecho tradicional, ha establecido la presunción *juris tantum* de que el término de las obligaciones ha de entenderse establecido en común beneficio de acreedor y deudor, la regla, por su índole, no impide ni siquiera dificulta las presunciones contrarias, que es, en fin, lo que al discurrir sobre este punto ha hecho el Tribunal sentenciador; y como es notorio que los términos liberales del contrato que nada dicen sobre este punto no permiten que, ateniéndose exclusivamente a ellos, pueda resolverse la cuestión planteada, y como, además, la presunción establecida en instancia no se ha combatido autorizadamente por obra del artículo 1.253 del Código civil y doctrina que ha fijado su sentido y el medio de denunciar sus infracciones en casación, la cita y alegación de los artículos, que en el motivo que ahora se examina invoca el recurrente, carecen de eficacia, porque, al denunciar su infracción, se parte de supuestos contrarios a los establecidos por el Tribunal *a quo*, y se razona a base de sustituir su criterio por el personal del recurrente, arbitrario y rechazable, según una reiterada doctrina que, una vez más, es de invocar en esta ocasión.

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1944.—Artículo 63 del Código de Comercio.

El número 2 del artículo 63 del Código de Comercio señala como punto de partida para los efectos de la morosidad en el cumplimiento

de las obligaciones mercantiles que no tuvieren día fijado, desde aquel en que el acreedor interpelase judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial público autorizado para admitirla. intimación que inquestionablemente ha de estimarse existente al celebrarse el acto conciliatorio, y establecido por el artículo 1.101 del Código civil la sujeción a indemnización de daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, indemnización que de no existir pacto en contrario consistirá, según el artículo 1.108 del propio Código, en las obligaciones de pago. en el de los intereses legales, si no se hubieren convenido otros, la Sala sentenciadora, al condenar al pago de los intereses desde la fecha de la celebración del acto conciliatorio, lejos de infringir el artículo 63 del Código de Comercio, cuya infracción se denuncia, aplicó rectamente los preceptos legales.

#### SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1944. — *Conciliación y allanamiento.*

Como base para enjuiciar la *quaestio juris*, debatida en este recurso, es forzoso poner de relieve que, pese a las aparentes analogías que pueden existir entre la conciliación que regula nuestra Ley procesal civil en el título I de su libro II, y el *allanamiento a la demanda*, desprovisto casi en absoluto de reglamentación en dicha Ley, han de ser cuidadosamente distinguidas ambas instituciones, ya que la primera constituye, dentro del proceso ordinario de cognición, una actuación preliminar con la que se tiende a evitar el juicio mediante un arreglo o *composición amigable*, mientras que el segundo supone un acto propio del proceso ya abierto y que puede constituir un medio de extinción de la relación procesal, a virtud del reconocimiento o conformidad que el demandado, al contestar a la demanda, presta a la pretensión o petición contenida en ella; de tal modo, que al paso que el allanamiento, acto puro y de naturaleza propiamente *procesal*, aun cuando irradiien sus efectos sobre el derecho material que se hace valer en el proceso, sólo opera en torno a la pretensión ejercitada por el actor, aceptándola en todo o en parte, la conciliación, en cambio, envolviendo un negocio jurídico material y de naturaleza *contractual*, opera directamente en torno al derecho y relación preexistente que hubiera

podido ser objeto de discusión en la litis proyectada, y concede a las partes un amplio margen de libertad para desenvolver o constituir de nuevo dicha relación. Rechazada a virtud de los precedentes fundamentos la tesis que en el recurso se establece como primaria y fundamental, queda subsistente y sin base la que se formula en el motivo cuarto al señalar la infracción del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, en relación con el artículo 1.518 del Código civil, en el concepto de no haber reconocido la Sala la exigencia esencial al retracto de que el retrayente, como requisito previo, reembolse al comprador el precio de venta y gastos del contrato, pues sin desconocer la rigidez que ese requisito pueda presentar cuando se trate de la específica acción de retracto, es forzoso tener en cuenta que, en el caso presente, quedó cortado y frustrado el juicio de retracto por la avenencia que se produjo en el acto de conciliación, y sólo se trata ahora del cumplimiento de un convenio que no tiene otras exigencias propias que las que las partes mismas hayan querido establecer o las que la Ley imponga en relación con el tipo contractual de que se trate, que aquí, sin duda alguna, no es otro que el de la compraventa.

#### SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1944.—*Retracto.*

Admitida la existencia de la enajenación por el actor de la expresa mitad de herencia, si después quedó anulada o sin efecto, resulta que el actor es dueño de dicha mitad indivisa en concepto de coheredero, pues recobró los mismos derechos hereditarios de que se había desprendido, restituyéndose a su posición anterior de tal coheredero con el derecho a retractar que le atribuye el Código civil en su artículo 1.077. Aunque se admite que el actor perdió y no recobró su derecho hereditario, y, por tanto, que no poseyendo ya los bienes a título de herencia, sino por adquisición o transmisión hecha por su hijo, y no puede acogerse al citado artículo 1.067 que establece el retracto sucesorio, siempre habrá que reconocerle derecho a retractar en concepto de comunero o copartícipe por virtud del artículo 1.522 del mismo Código invocado en la demanda, toda vez que hay comunidad, según el artículo 392, cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas, es decir, cuando hay unidad de objeto y pluralidad de sujetos, supuesto que se daba entre los hermanos

J. y M., cuando este último vendió su parte de herencia al demandado, no siendo el retracto sucesorio más que un caso particular del de comuneros, sin que obste la sentencia de 6 de mayo de 1931 alegada por el recurrente, que se refiere a caso distinto del que motiva este debate, pues en aquél se trataba de la relación de comunidad entre el adquirente de los derechos y un coheredero y un tercero que con relación a la comunidad era extraño, no pudiéndose afirmar tal comunidad sobre bienes determinados, mientras no se hiciera la división y adjudicación de los bienes de la herencia, es decir, que la comunidad había de nacer en su caso de tales división y adjudicación, mientras que en este caso la relación de comunidad, base del retracto, está ya establecida entre los partícipes de la herencia y no ha de nacer sino por el contrario, ha de cesar al hacerse la división y adjudicación de dichos bienes.

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1944.—*Proceso de cognición y la ejecución.*

La finalidad, que concretamente posee el motivo, es la de demostrar que la Sala de instancia, al pronunciar para el supuesto de imposibilidad de entrega de las cosas reclamadas como específicas, una indemnización de perjuicios y a fijar la cuantía que en tal caso habrán de tener, se adelanta al momento en que su valoración puede verificarse, y priva con ello a los actores de su derecho a obtener la reparación completa que les es debida, por fuerza de la aplicación del artículo 1.106 del Código civil. Pero sin necesidad de razonar, por innecesario, si el sistema que en ese punto sigue la Ley procesal vigente, concuerda o no con las exigencias de una técnica más depurada, que acude en eventos como el de autos al sistema de las llamadas sentencias parciales y evita de ese modo que se desnaturalice el proceso de ejecución con una superposición o injerto anormal de un proceso cognitivo, no hay en nuestro ordenamiento procesal obstáculo infranqueable para proceder en caso tan singular como el de esta litis cual lo hizo el Tribunal sentenciador; puesto que establecido imperativamente por el párrafo primero del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento civil que, cuando hubiera condena de daños y perjuicios, el Juzgador debe fijar su importe en cantidad líquida o establecer *por lo menos* las bases con arreglo a las cuales ha de hacerse la liquidación, y determinado por el

párrafo segundo del expresado artículo -que sólo *en caso de imposibilidad* habrá de fijarse su importe en ejecución de sentencia, no es aventurado mantener que, bien entendida esa norma, se endereza rectamente a conseguir que en el curso de la ejecución propiamente dicha, no se intervieran, *sino en lo necesario*, cuestiones que por razones patententes no son propias de ella, y que sin violencia en la exégesis, es dado sostener que en determinados casos, y por una razón de evidente analogía, el espíritu que preside aquella norma específica debe inspirar la conducta del juzgador; por todo lo cual es de concluir, con aplicación al supuesto bien singular que se examina, que si en él desde la contestación a la demanda se hizo ver por la demandada la imposibilidad de entregar la cosa calificada de específica y se allanó desde el primer momento a cumplir la obligación subsidiaria de indemnizar, incluso expresando, con error o sin él, el precio en que, en su sentir, debían valorarse los envases inutilizados o desaparecidos; si la prueba versó sobre el estado de éstos, no puede ponerse en duda que el tema objeto de ese pronunciamiento que se dice extemporáneo y excesivo estaba planteado al organismo jurisdiccional y que por imperio de aquellos preceptos ni podía sustraerse a su examen ni dejar de sacar sus consecuencias, so pena de reservar innecesariamente para el proceso de ejecución de sentencia, cuestiones que en el de cognición estaban planteadas y que, por estarlo, precisaba resolver.

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1944.—*Carga de prueba respecto al artículo 40 de la Ley de 7 de diciembre de 1939.*

De conformidad con lo ordenado en el artículo 40 de la Ley de 7 de diciembre de 1939 es el pagador que pretende enervar la acción de revisión, quien debe probar que el pago fué realizado con fondos de sus reservas, actividades o rentas no incrementadas por la inflación enemiga.

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1944.—*Concreción del derecho hereditario mediante la partición.*

Para reivindicar bienes a título de heredero no es suficiente alegar los derechos que puedan derivar de un testamento ni los indeterminados a una herencia que permanezca <sup>o</sup>indivisa, sino que se requiere la

partición legalmente hecha, por ser ésta la que, según el artículo 1.068 del Código civil, complementa la transmisión, individualizando y concretando el derecho de cada heredero sobre bienes determinados de la herencia; y como el Tribunal de instancia, al cual corresponde decidir sobre la existencia del título, aprecia que no está probada la realidad de las operaciones particionales de los bienes relictos al fallecimiento de D. A. A. R., a las cuales la demanda refiere el título de adquisición de D. A. A. B., es incuestionable que esta apreciación ha de prevalecer en tanto no se demuestre error de hecho o de derecho en la graduación o estimación de la prueba.

SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1943.—*Ley de Desbloqueo.*

Tampoco puede prosperar la afirmación que, a vueltas de un examen somero de la Ley de Desbloqueo, sostiene la improcedencia de aplicar sus normas a deudas dinerarias, que, aun hechas efectivas en período marxista, hubiesen podido exigirse con anterioridad; porque la circunstancia de no haberlo sido, arguya o no una prórroga tácita, ni puede ceder en perjuicio del acreedor, ni beneficiar de tal manera al deudor que, aparte de quedar favorecido con la prórroga misma, se lucre con un pago hecho tardíamente y en moneda progresivamente depreciada, ya que es evidente que, si la Ley de Desbloqueo, por esquivar los peligros de toda índole que para la economía nacional hubiera podido implicar la total y absoluta revisión de los pagos hechos durante la dominación marxista, tuvo como buenos, excepcionalmente, y por sustraídos de la revisión, los vencidos durante su curso, o lo que es igual, los que en ese lapso de tiempo—y no antes ni después—fuesen exigibles, no hay razón alguna para extender esa norma de excepción a situaciones que no contempló, a las cuales deban aplicarse las normas revisorias *generales*, de igual modo y por análogo motivo que se aplican a los pagos hechos anticipadamente, cuando la facultad de anticiparlos está atribuída al deudor; es decir, siempre que se trate de una hipótesis distinta de la establecida *por excepción* y para un caso determinado específicamente, de modo que excluya toda interpretación extensiva o analógica.

SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 1944.—*Arrendamiento y precario.*

Frente a la declaración de la Sentencia, según la cual el demandado D. J. M. detenta sin título alguno y sin pagar merced las fincas, propiedad de los actores, se afirma en los motivos primero y cuarto del recurso, que de dichas fincas es arrendatario D. P. O. y que por orden y cuenta de éste, las ocupa el citado M. como encargado o dependiente, sosteniendo que, en consecuencia, al acoger las pretensiones de la demanda, ha incidido la Sala sentenciadora en infracción del art. 1.569 en relación con el 1.546, ambos del Código civil, y en error de hecho y de derecho.

Los recibos invocados para demostrar estos supuestos errores y atribuir a O. la calidad de arrendatario no justifican lo que se pretende, pues si bien de uno de ellos—el fechado a 21 de septiembre de 1939—aparece que M. pagó una cantidad por cuenta de O., éste no figura en dicho documento con aquel carácter, sino con el de mandatario de persona ajena al presente juicio, fallecida antes de la iniciación del mismo, según reconoce el demandado, y de la que no consta sea causahabiente el supuesto arrendatario, advirtiéndose en cuanto al segundo de los citados documentos que en él solamente se declara haber satisfecho el repetido O. una cantidad en 31 de mayo de 1940, pero ni se expresa la causa de deber ni se hace referencia a contrato de ninguna especie; y si, como declaró esta Sala en Sentencia de 11 de noviembre de 1941, el hecho de pago de merced que excluye la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser tal entrega por cuenta propia, a título de merced por arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga y aceptada en tal concepto, es visto que al faltar en los documentos invocados la justificación de estos extremos, no cabe estimar la infracción de los aludidos preceptos del Código civil ni la existencia del supuesto error de hecho, sin que sea de apreciar tampoco la del alegado error de derecho, puesto que el recurrente no señala norma reguladora de las pruebas que aparezca vulnerada en la Sentencia.

LA REDACCIÓN.

# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 15 de julio de 1941.*

PARA QUE SEA APLICABLE EL TIPO SEÑALADO EN LA TARIFA AL CONCEPTO "BENEFICENCIA E INSTRUCCIÓN PRIVADAS" Y LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL CAUDAL RELICTO, ¿ES INDISPENSABLE QUE LA ADQUISICIÓN SEA A FAVOR DE ESTABLECIMIENTOS DE ESA NATURALEZA Y QUE LA CONDICIÓN DE TALES ESTÉ DECLARADA EN LA CORRESPONDIENTE ORDEN DE CLASIFICACIÓN?

SIN ESOS REQUISITOS, EL TIPO APLICABLE ES EL GENERAL DE LA TARIFA, SIN PERJUICIO DE QUE SE PUEDA PEDIR LA DEVOLUCIÓN DE LO QUE CORRESPONDA POR LA DIFERENCIA ENTRE LO PAGADO POR ESE TIPO Y LO QUE DEBERÍA PAGARSE AL APLICAR EL ESPECIAL BENEFICIOSO, SI SE ACREDITA EN EL TÉRMINO DE CINCO AÑOS, A PARTIR DE LA LIQUIDACIÓN DEL DOCUMENTO, QUE LOS BIENES HAN QUEDADO ADSCRITOS DIRECTAMENTE AL FÍN BENÉFICO.

*Antecedentes.*—La testadora legó al Colegio de Nuestra Señora de la Fuensanta, de primera enseñanza privada, establecido en Alcaudete, determinados bienes inmuebles y una importante cantidad en metálico.

La Oficina liquidadora practicó, entre otras liquidaciones, una a nombre de dicho Colegio por Derechos reales al tipo de extraños y otra a nombre de los herederos de la causante por caudal relicito.

El Vicario de la diócesis recurrió ambas liquidaciones, alegando la infracción del artículo 28 del Reglamento en relación con el correspondiente número de la Tarifa y reforzando su tesis con largas consideraciones sobre el carácter docente del Establecimiento legatario y sobre el claro espíritu de dichos preceptos de proteger la cultura, invocando di-

versas sentencias del Tribunal Supremo, justificativas, a juicio del recurrente, del error sufrido por la Oficina liquidadora.

En el trámite de alegaciones, el reclamante, en justificación de que el Colegio de Nuestra Señora de la Fuensanta estaba dedicado a la cultura e instrucción de niñas pobres, presentó certificaciones del Juez municipal, Presidente de Acción Católica, cura párroco, Alcalde, etc., etc., todos de Alcaudete, en las que se hacía constar que el Colegio estaba dedicado a la enseñanza gratuita de niñas pobres.

Requerido para que presentase los documentos acreditativos del carácter benéficodocente del Establecimiento, no aportó más que una certificación de la Junta provincial de Beneficencia de Jaén, en la que se hizo constar que de los documentos en ella obrantes aparecía que estaba constituido legalmente el Patronato Benéficodocente de la Fundación de D. Armando Rodríguez Merino, del pueblo de Alcaudete, cuya fundación fué la originaria del aludido Colegio.

El Tribunal provincial desestimó el recurso por la sola razón de que no se acreditaba que el mencionado Colegio hubiese sido clasificado por el Poder público como institución de beneficencia e instrucción, lo cual impedía aplicar el tipo beneficioso pretendido.

En la apelación y el acto de la vista, a la que asistió letrado defensor, éste sostuvo que, para la aplicación del tipo beneficioso al Colegio en cuestión, no era necesaria la previa declaración reconociendo su condición de Establecimiento benéfico, porque tal requisito no lo exigía ni la legislación reguladora del impuesto de Derechos reales ni el Real decreto de 14 de marzo de 1899 sobre instituciones de beneficencia, siendo suficiente que lo fuera realmente, lo cual estaba demostrado con el testimonio de las personas y autoridades obrante en el expediente y con la certificación de la Junta provincial de Beneficencia, a lo cual añadió que el expediente de clasificación se estaba tramitando y que su tesis la confirmaban varias sentencias del Tribunal Supremo.

La reclamación es desestimada por el Tribunal Central, el cual empieza por sentar que la cuestión no está en dilucidar cuál es el origen del Colegio, ni que en él, regido por religiosas, se da enseñanza gratuita a niñas pobres, así como tampoco si el Patronato del mismo está o no constituido, sino si le es aplicable el tipo beneficioso de la Tarifa.

En esta trayectoria ya, dice el Tribunal que la justificación de que los Establecimientos adquirentes son benéficodocentes ha de hacer-

se necesariamente presentando la orden de clasificación del Ministerio respectivo, sin cuyo requisito el privilegio fiscal no es aplicable, según criterio reiterado en múltiples resoluciones y también en sentencias del Tribunal Supremo como las de 2 de julio de 1919 y 10 de diciembre de 1918, la cual, aunque se refiere al impuesto de personas jurídicas, es aplicable al caso, toda vez que la razón de exigir la previa declaración del carácter benéfico es la misma.

La teoría, añade, de que la legislación del impuesto de Derechos reales y el Decreto de 14 de marzo de 1899 sobre Beneficencia no exigen aquel requisito, bastando que los Establecimientos tengan el carácter de benéficos por estar creados con ese fin, no es admisible, porque desde el momento en que se trata de aplicar una exención o un beneficio tributario a determinada institución, la declaración de si ella es o no de las que pueden gozar del beneficio ha de hacerla la Administración pública por medio de los organismos ministeriales correspondientes encargados de hacer la clasificación de los Establecimientos de beneficencia e instrucción, y esta declaración no puede ser sustituida por el criterio de otras personas u organismos, ya que ella constituye la garantía más eficaz de los intereses del Tesoro y de que las instituciones reunen las condiciones necesarias para merecer la calificación de benéficas y de que cumplen los fines inherentes a su naturaleza.

La Resolución que analizamos se ocupa de las sentencias citadas de contrario, y de la de 4 de abril de 1930 dice que lejos de contradecir el criterio que se impugna, lo confirma, puesto que la razón aducida por el Tribunal Supremo para aplicar el tipo beneficioso a cargo de la superiora y hermanas de la Comunidad de Trinitarias, fué la de estimar que los bienes dejados por el testador a la superiora y hermanas del Asilo de la Santísima Trinidad debían gozar del tipo de favor, porque el Asilo estaba declarado de Beneficencia, y la Comunidad y el Asilo formaban un organismo jurídicamente indivisible.

**Comentarios.**—Como se puede observar, en el recurso estudiado se confunde el derecho aplicable en principio a gozar una institución del carácter benéficodecente y el derecho en concreto a exigir las ventajas tributarias que de tal condición dimanen. Esta aplicación práctica o derecho particular no se concreta y determina, esto es, no es exigible mientras esa condición no está reconocida por el organismo correspondiente en la Orden de clasificación.

Esto no obstante, es de advertir que tal norma—que no está con-

tenida en el artículo 28 del Reglamento del Impuesto ni en ningún otro precepto del mismo—tiene una excepción en el propio artículo 28, cuando se refiere en su apartado 5) a las transmisiones destinadas a la fundación de Establecimientos benéficos. Dice, efectivamente, que tributarán por el tipo benéfico, y como en el momento de liquidar el impuesto no están fundados, mal pueden ser clasificados.

No nos parece posible otra interpretación de ese apartado, aunque de aquí pueda nacer un serio argumento contra el criterio imperante de ser necesaria en todos los demás casos la previa clasificación de la Institución como benéfica al efecto de serle aplicable el tipo reducido.

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 22 de julio de 1941.*

**ADJUDICADOS A UN ALBACEA BIENES HEREDITARIOS CON DESTINO A LA CREACIÓN DE UN ASILO, NO ES APLICABLE EL TIPO BENEFICIOSO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE BENEFICENCIA, PORQUE NO ESTANDO CREADA LA PERSONA JURÍDICA, NI EXISTE LEGALMENTE NI HAY ADSCRIPCIÓN DE BIENES AL FIN BENÉFICO, SIN PERJUICIO DE LAS DEVOLUCIONES PROCEDENTES SI ESA ADSCRIPCIÓN SE ACREDITA EN EL PLAZO DE CINCO AÑOS PREVISTO EN EL REGLAMENTO.**

**LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO ORIGINADA POR EL ERROR MATERIAL COMETIDO POR LOS INTERESADOS EN LA DECLARACIÓN DE BIENES NO PUEDE SER ACORDADA POR EL TRIBUNAL PROVINCIAL SIN QUE AQUÉLLOS ACUDAN PREVIAMENTE AL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 6.º DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO ECONÓMICO ADMINISTRATIVO, Y, POR TANTO, EL ACUERDO DE DEVOLUCIÓN ADOPTADO SIN TAL REQUISITO ES NULO.**

**AUNQUE A UN ALBACEA SE LE ADJUDIQUEN BIENES PARA PAGO DE LEGADOS Y PARA UNA FUNDACIÓN BENÉFICA, NO ES PROCEDENTE LA LIQUIDACIÓN EN ESE CONCEPTO DE ADJUDICACIÓN PARA PAGO, SI AL MISMO TIEMPO SE GIRAN LAS LIQUIDACIONES CORRESPONDIENTES A AQUELLAS TRANSMISIONES.**

**Antecedentes.**—En su testamento dispuso el causante que su albacea y un contador partidor que nombró se hiciesen cargo de todos sus bienes, pudiendo vender lo que fuese preciso y pagar las deudas existentes; que un hotel de su propiedad se pusiese, con sus enseres,

a disposición del personal en él empleado, junto con 300.000 pesetas en metálico como fondo de reserva, y, finalmente, que con el resto del caudal se hiciese una fundación benéfica cualquiera para niños o ancianos pobres o un grupo de casas baratas, después de satisfecho el importe de varias mandas importantes 290.000 pesetas.

Se otorgó la escritura pública de partición, y en ella el albacea, el contador partidor y el letrado de la testamentaría hicieron constar que cumplían la voluntad del causante, empleando el remanente de la herencia en la fundación de un Establecimiento benéfico que se denominaría "Asilo para Ancianos Pobres", para lo que tenían proyectada la adquisición de determinados terrenos, que se pagarían, junto con todos los demás gastos de edificación e instalación, con el producto de la venta de los bienes sobrantes de la herencia, los que enajenaría el albacea a medida que, a su juicio, fuese necesario.

En dicha escritura se repartió el caudal en tres adjudicaciones: una al personal del mencionado hotel y otras dos al albacea, con el fin, una de ellas, de que pagase los legados, el impuesto de Derechos reales, los gastos de entierro, contribuciones pendientes, etc., y la otra para la fundación del Asilo.

La Oficina liquidadora, además de otras liquidaciones que no hacen al caso del estudio de esta Resolución, giró una liquidación entre extraños por el capital destinado a la fundación del Asilo y otras dos a cargo del albacea por el concepto adjudicaciones números 1 y 3 de la Tarifa, en consonancia con aquellas dos adjudicaciones para pago que se le habían hecho en la escritura de partición.

El albacea interpuso recurso, alegando que la liquidación al Asilo debió girarse por el tipo beneficioso previsto en el artículo 28 del Reglamento, puesto que los bienes habían quedado adscritos al fin benéfico; que en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 del Reglamento era improcedente girar sobre la misma base liquidación en el concepto de herencia y en el de adjudicación para pago, y que como bajas del caudal debieron deducirse las sumas designadas al pago de contribuciones no satisfechas por el causante y de entierro y funeral.

Además, el albacea planteó la cuestión del error padecido en la escritura de partición, atribuyendo a ciertos valores doble valoración de la que realmente les correspondía, según la cotización oficial, cuyo error podía, a su juicio, ser subsanado por el Tribunal provincial con arreglo al número 3.º del artículo 208 del Reglamento.

Dicho Tribunal denegó esto último y accedió, en cambio, a la deducción de los gastos de contribuciones y de entierro y funeral, pero denegó lo referente a la aplicación del tipo beneficioso y también lo relativo a la duplicación de liquidaciones, por la razón, dice, de que la realidad es que hay dos actos y dos transmisiones, una la de adjudicación al albacea y otra la transmisión hereditaria a favor de los verdaderos beneficiarios.

El Tribunal Central dice que la cuestión capital que en el expediente se plantea es la de precisar si el tipo aplicable a las cantidades que se adjudican al albacea para la construcción del Asilo ha de ser el general de la Tarifa, o sea, con arreglo al grado parentesco, o el tipo de favor establecido en el apartado 4) del artículo 28 del Reglamento, cuyo tipo, según el apartado 5), es aplicable a las transmisiones que por testamento se destinen a establecimientos benéficos; y para resolverla dice que hay que tener en cuenta que el causante no creó en el testamento, con carácter determinado, ninguna institución benéfica ni destinó el remanente de sus bienes en forma imperativa a la fundación de un Establecimiento concreto de beneficencia, limitándose a investir a sus representantes de amplias facultades para que pudieran destinar la referida porción de bienes a uno de los tres fines que el testamento señala, resultando de ello y de las declaraciones de la escritura de partición que el adjudicatario de dichos bienes en el momento de la reclamación era el albacea y que el Asilo no está fundado, sino meramente proyectado, no gozando, por lo mismo, de personalidad jurídica efectiva, y como, por otra parte, tampoco han sido adscritos los bienes a su fundación y a sus fines futuros con garantías eficaces de carácter real, ni siquiera personal, no son de aplicar los apartados 4), 5) y 7) del citado artículo 28.

Respecto a las dos liquidaciones giradas al albacea por el concepto de adjudicación para pago de los legados y para la fundación del Asilo, las estima el Tribunal totalmente improcedentes, desde el momento en que sobre las mismas cantidades se giraron las correspondientes liquidaciones por herencia, sin que al mismo tiempo exista ningún concepto distinto específico y separado de adjudicación en pago o para pago derivado del artículo 9.<sup>o</sup> del Reglamento.

Por lo que se refiere a la deducción de los gastos de entierro y funeral y de contribuciones debidas por el causante y satisfechas por el albacea, se confirma el acuerdo del Tribunal inferior, en consonancia

con lo dispuesto en los apartados 5) y 12) del artículo 101 del Reglamento, y, en cambio, no son deducibles los gastos de Administración judicial ni los demás inherentes a la testamentaría, porque lo prohíbe el apartado 9) del mismo artículo.

Por último, en cuanto al error padecido en la estimación de ciertos valores dándoles en el inventario una cuantía doble de su valor real, dice el Tribunal Central que debe ser anulado el acuerdo del provincial por incompetencia, cuya incompetencia en cuanto a resolver sobre tal extremo alcanza al mismo Tribunal Central, sin perjuicio de que los interesados puedan hacer uso, dentro del plazo de cinco años, del derecho que para la subsanación de tal error les concede el artículo 6.<sup>º</sup> del Reglamento de Procedimiento de 29 de julio de 1924, cuyo derecho, añadimos nosotros, está también regulado en los artículos 207 y 208 del vigente Reglamento del Impuesto.

Esa incompetencia la funda el Tribunal en la consideración de que antes de acudir al Tribunal debieron los interesados apurar el procedimiento señalado de dichos preceptos.

*Comentarios.*—Sobre la cuestión fundamental del tipo de liquidación aplicable al presunto Asilo, nada esencial cabe añadir a los razonamientos que quedan expuestos y que nosotros hemos sintetizado. No obstante, como pudiera ofrecer duda la aplicación del apartado 5) al caso, cuando dice que el tipo de favor se aplicará a los bienes que se destinen a la fundación de establecimientos de beneficencia e instrucción, es decir, a instituciones benéficas todavía no creadas, haremos algunas consideraciones sobre este particular.

La cuestión estriba en determinar si los términos de la disposición testamentaria permiten aplicarle ese apartado 5), en relación con los apartados 6) y 7) del mismo artículo.

Esos tres apartados están directamente relacionados y se complementan: el primero se refiere a los bienes "que se destinen a la fundación de Establecimientos de beneficencia e instrucción"; el segundo excluye del tipo beneficioso aquellas transmisiones que se llevan a cabo a favor de personas, asociaciones o sociedades y no de los Establecimientos mismos, y el tercero prevé el caso de que al presentarse el documento a liquidación, conste ya la adscripción directa de los bienes al fin indicado, en cuyo supuesto el tipo aplicable es el de favor.

A la vista de esos tres apartados, el Tribunal, con criterio restrictivo, fundado en la vaguedad de la cláusula testamentaria, que no

crea una entidad benéfica determinada, sino que manifiesta la voluntad en forma inconcreta, y fundado además en que la adjudicación se hace al albacea como ejecutor, no admite la procedencia del tipo privilegiado.

Nuestro parecer es que el criterio sustentado es altamente rigorista, y sin desconocer que los términos en que se redactó la cláusula pertinente de la escritura de partición y la fórmula en la misma adoptada dificultan la aplicación del precepto, creemos que pudo razonablemente ser aplicado el apartado 5), puesto que el criterio rigorista conducirá en la práctica a no aplicar el aludido tipo reducido, porque al no estar creada la nueva persona jurídica, necesario es atribuir a alguna persona las facultades necesarias para que gestione lo conducente para llevar a cabo la voluntad del testador.

No se nos oculta que en esa interpretación restrictiva entra por mucho el recelo de que la voluntad del testador y también el impuesto se burlen, pero para evitarlo está la previsión del mismo apartado 5) al imponer a las Oficinas liquidadoras la obligación de dar cuenta al Ministerio respectivo de la existencia de la cláusula testamentaria fundacional y también de los bienes de que se trate.

En cambio, lo que no parece justificable de ninguna manera son las dobles liquidaciones por adjudicación para pago al albacea y sobre las mismas bases y bienes por herencia y legado, puesto que son conceptos que en este caso se excluyen. Esta doble liquidación sólo es justificable en el terreno jurídico-fiscal cuando se trata de deudas no deducibles reglamentariamente en las herencias. Entonces los herederos pagarán sobre la base tributaria que les corresponda sin deducción alguna, y si de hecho deducen la deuda y adjudican bienes para su pago o en pago, esta deducción y adjudicación producen la liquidación correspondiente, con lo cual sobre la base de la deuda deducida se gira esa liquidación y también la correspondiente por herencia.

Resta, por fin, examinar lo relativo al error material padecido al valorar determinados bienes, y sobre ello decimos que nos parece perfectamente reglamentaria la decisión del Tribunal. Desde el momento en que el Reglamento, en sus artículos 207 y 208, señala el procedimiento adecuado para subsanar esos errores, a él se debe acudir y no al general establecido para discutir los que se refieren a errores de concepto.

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

# V A R I A

## TRANSFORMACIONES DEL DERECHO CIVIL DESDE 1933 (1).

Siebert se plantea el problema de la existencia actual de un Derecho civil habida cuenta de las múltiples intervenciones estatales. Es difícil, a veces, distinguir cuáles de estas intervenciones débense a las necesidades bélicas y cuáles a un cambio en la concepción del Derecho. Adelantemos el resultado de las investigaciones de Siebert: Hoy día ignoramos todavía el sentido, la razón de ser y el área del Derecho civil. Toda aparente claridad y certidumbre pecarian de superficiales. No obstante, podemos ya trazar las siluetas y contornos del porvenir.

El problema nuclear reside en la relación entre individuo y comunidad. Ni el individualismo ni el colectivismo nos brindan soluciones adecuadas. Por un lado, la comunidad es la que atribuye al ciudadano su situación jurídica y sus tareas; por otra vertiente, el individuo tiene la vocación—y ello con simultaneidad temporal y lógica—de colaborar activamente en la formación de la comunidad desarrollando su personalidad. La última faceta determina la órbita del Derecho civil. El Derecho civil no se enfrenta, por ende, con el Derecho público. Más bien existe entre ambos una concatenación. En lugar de la libertad primitiva coloca el Derecho civil moderno la colaboración responsable del ciudadano. Todos los conceptos se llenan de este modo con sentido positivo y se convierten en funciones sociales. Personalidad y responsabilidad son conceptos básicos necesarios de toda auténtica comunidad. Derecho civil moderno existe, por tanto, en cuanto nos encontramos con una colaboración responsable del ciudadano; y existe Derecho público moderno en cuanto nos hallamos con una actividad inmediata del poder soberano, abarcando hasta el caso concreto. Colaboración del ciu-

(1) Artículo de Wolfgang Siebert en *Deutsches Recht*, 1944, págs. 5 y siguientes.

dano no es idéntica a autonomía de la voluntad. Por ejemplo: el contenido de un matrimonio no pertenece, por regla general, al ámbito de la autonomía de la voluntad; y, sin embargo, lo que cada cual hace de su matrimonio depende del desarrollo de su personalidad.

La inordinación del ciudadano en la comunidad limita y fortalece, a la par, el Derecho civil. Veamos en lo que sigue ambas funciones de la inordinación.

I. Limitación del Derecho civil: El individualismo parte del concepto del derecho como base del Derecho privado. El comunismo suprime el derecho individual por completo, concibiendo al individuo meramente como funcionario de una colectividad. El nacionalsocialismo considera el derecho y el deber como dos entidades de igual originalidad. Derecho y deber, poder y responsabilidad van íntimamente fusionados. Este enfoque se enlaza al Derecho antiguo germánico y a su resurgimiento por medio de la obra de Otto von Gierke. He aquí las raíces de la prohibición del abuso del derecho. La excepción, dimanante del artículo 242 Código civil alemán, del ejercicio torcidero del derecho supone relaciones entre las partes que engendran derechos y deberes, de guisa que en ciertos casos el ejercicio de un derecho puede resultar incompatible con la consideración en que debe tener su titular los intereses de la otra parte, por ejemplo, porque el acreedor infringió ya antes su deber de fidelidad perturbando de este modo la base de las relaciones, o porque el mismo ejercicio constituye una infracción de este deber. El ejercicio de derechos dimanantes de un contrato, sobre todo de una transacción o de un reconocimiento, puede constituir el ejercicio torcidero del derecho, si ambas partes partieron de una equivocada base de negocio. La desaparición o el cambio de dicha base no representa, en cambio, una causa de resolver el contrato. Tampoco existe un deber general de omitir el ejercicio de un derecho, si el ejercicio es nocivo para el deudor. No se debe invocar una sentencia injusta si el vencedor la logró mediante maniobras fraudulentas o si conoce exactamente su injusticia. El Tribunal Supremo protege, mediante la excepción del ejercicio torcidero de un derecho, recientemente a los miembros del Ejército que, a causa del servicio militar, dejan de observar plazos o de interrumpir prescripciones y otras actividades análogas. Un caso especial del ejercicio torcidero lo constituye el ejercicio tardío de una facultad ("Verwirkung"). Sin tener en consideración los plazos más largos de la prescripción de las acciones, nadie debe esperar con el

ejercicio de éstas tanto tiempo que el ejercicio tardío represente una contradicción insoportable con su anterior conducta y obligue a la otra parte a una prestación que no la es ya exigible.

II. Robustecimiento del Derecho civil: Siebert hace especial hincapié en la función fortalecedora de la nueva concepción del Derecho privado.

Empecemos con la protección del honor del ciudadano. El Código civil alemán no reconoce un derecho general de la personalidad, sino reglamenta exclusivamente el derecho al nombre. Luego protege la vida, la integridad corporal, la libertad y la salud contra toda infracción culpable y antijurídica. Por lo demás exige como supuesto del derecho a la indemnización la infracción de una norma especial de protección (art. 823 C. c. a.). Sobre todo, el honor no se protege civilmente, sino si a la vez se infringe una norma especial de protección. Son normas protectoras, principalmente, las disposiciones del Código penal acerca de los insultos y ofensas que requieren, sin excepción, la existencia de dolo. Por tanto, sólo la ofensa da un derecho civil a indemnización. Ya antes de 1933 jurisprudencia y doctrina intentaron alterar esta situación legal insatisfactoria. Así se extendió la protección del nombre, declarándose, por ejemplo, como empleo torcidero del nombre el que alguien utilizaba un nombre como nota distinta de sus mercancías. Se concedía el derecho al nombre a las personas jurídicas y también a las asociaciones sin personalidad jurídica. De análoga manera se extendió el derecho sobre la propia imagen (arts. 22 a 24, Ley sobre los derechos del autor respecto a obras gráficas, plásticas y fotografía), por ejemplo, a la imitación de una persona en la escena o en la película. Doctrina y jurisprudencia consiguieron, empero, principalmente una extensión del amparo de la personalidad mediante la elaboración de la acción negatoria (art. 1.004, C. c. a.), que concede al propietario, en el caso de perturbación antijurídica de su propiedad, un derecho a que ésta se suprima y, en caso de peligro de repetición, a que se omitan molestias análogas. El Tribunal Supremo mantiene que la justicia reclama la supresión de los ataques continuos y antijurídicos contra el honor, sin tener en consideración la culpabilidad. En esta hipótesis el ofendido posee un derecho a exigir la revocación de la ofensa, a no ser que ésta no tuviera más finalidad que la de humillar al ofensor. Esta jurisprudencia aplica analógicamente los arts. 1.004, 12 (protección del nombre) y 862 (protección del estado posesorio). El futuro Código del Pueblo

sanciona toda merma del honor con el derecho del ofendido a satisfacción. Clases de satisfacción son: comprobación sencilla de la antijuricidad del insulto; retracción; publicación de la sentencia; omisión de futuros insultos; dinero de recompensa, y, en caso de daño patrimonial, indemnización.

El robustecimiento del Derecho civil se produce asimismo en el Derecho matrimonial. El art. 23, Ley matrimonial, prohíbe el matrimonio que se celebra al fin de adquirir el apellido del marido o su nacionalidad. No se debe enfocar este precepto desde el punto de vista de la restricción de la autonomía de las partes, sino desde el ángulo de la tutela del matrimonio como institución. La familia posee un honor especial. Este hecho no significa sólo que la ofensa de la mujer o del hijo constituye a la vez una ofensa del cabeza de familia y, por ende, indirectamente de esta misma, sino que hemos de reconocer asimismo la posibilidad de la ofensa de la familia como tal, ofensa que no se dirige contra ninguno de sus miembros específicamente. Por lo demás, los conceptos individualistas del derecho de cada cónyuge sobre la persona del otro o del derecho del titular de la patria potestad sobre la persona del hijo menor de edad deben sustituirse por la noción de la posición jurídica ("Rechtsstellung"). Finalmente menciono el Decreto para la protección del matrimonio, de la familia y de la maternidad del 9 de marzo de 1943.

La reglamentación coactiva del contrato laboral fortalece la tutela de la personalidad, aunque restringe la libertad de contratación. Trabajo y personalidad son inseparables, puesto que el trabajo es la forma más clara y más eficaz del desarrollo de la personalidad. Un obrero no puede, por ejemplo, renunciar a sus vacaciones anuales. Ni que decir tiene que, no obstante, caben estipulaciones en amplios sectores de la relación laboral.

En muchos casos actúa el particular directamente como órgano de la comunidad. Piénsese, por ejemplo, en la prohibición de la competencia ilícita. Quien combate dicha competencia, actúa inmediatamente como funcionario de la comunidad. En otras hipótesis concurren derechos subjetivos privados con poderes del Estado. Mientras que antaño se hablaba en tales casos de dos caminos y metas distintos, hoy no sabemos que el fin es el mismo y que la duplicidad se restringe a los medios. El arrendatario tiene, por ejemplo, un derecho contra el arrendador a que efectúe los arreglos necesarios de la casa. Si el arren-

dador incumple esta su obligación, el inquilino puede dirigirse a una autoridad, semejante a la Fiscalía de la Vivienda, que ordenará las medidas oportunas, por ejemplo, el pago de una parte de la renta a la autoridad o permite al inquilino llevar a cabo los arreglos y retener una parte correspondiente de la renta (véase Ley del 15 de enero de 1941). El contrato laboral brindanos otros ejemplos: los deberes del patrón a proteger al obrero se garantizan muchas veces tanto judicial como administrativamente.

No debemos echar en olvido la ayuda judicial. El Juez desarrolla, cada día más, una función constitutiva, no sólo mediante sentencias constitutivas en sentido estricto, sino, asimismo, en la forma procesal de sentencias de condena. En una sentencia (Colección Oficial, t. 154, p. 161) el Tribunal, en un caso de vecindad, impuso a una empresa industrial el pago de una recompensa pecuniaria y a un agricultor la plantación de hierbas de más fuerza de resistencia. El Juez estructura profundamente la situación personal de los particulares: ordena contra el menor medidas educativas, el arresto de menores, decreta la incapacitación, la esterilización, etc.

Resumiendo este apartado, quiero dejar sentado lo siguiente: El fortalecimiento, que el Derecho civil experimenta por su inordinación en el Derecho de la comunidad del Pueblo, nos conduce al resultado de que pensamos en posiciones jurídicas y facultades más que en derechos individuales, en instituciones más que en relaciones jurídicas. Sobre todo en la órbita del intercambio de mercancías la voluntad de las partes no es para nosotros autónoma o autárquica, sino un medio para colaborar en las relaciones vitales, las cuales, desde el ángulo de su función dentro del ordenamiento total, revisten un carácter constitucional —constituyendo, por ejemplo, una parte de la constitución económica—y que por, ello, contienen un sentido social objetivo, ora más pronunciado, ora más débil.

III. Finalmente, pongamos de relieve relaciones mixtas de Derecho público y de Derecho privado. Mencionemos, sobre todo, el importante papel jurídico que desempeñan en los contratos las autorizaciones administrativas. Este papel puede revestir dos formas: la autorización puede formar parte integrante del negocio o puede quedar extrínseca a él. En la primera hipótesis el negocio, sin la autorización, se halla en pendencia; si la autoridad deniega la misma, el negocio resulta nulo, si la concede, válido. En la segunda hipótesis la denegación del permiso

suspende la eficacia del negocio, pero no lo anula. Ejemplos del primer grupo de casos: licencia del tribunal de tutela, autorización de la venta de inmuebles; ejemplo del segundo grupo de casos: ratificación de la denuncia de un contrato laboral. Las autoridades pueden conferir la autorización bajo condiciones—el Tribunal de herederos amayorazgados puede permitir la venta bajo la condición de un empleo determinado del precio—o modificar el negocio a autorizar—la Oficina de Trabajo puede permitir la denuncia pronunciada para el 1 de junio a partir del 15 de junio—. De paso, tan sólo mencionamos los problemas del efecto retroactivo de la autorización y de la calificación de la misma por los Tribunales ordinarios.

LA REDACCIÓN.