

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XX

Febrero de 1944

Núm. 189

La tradición de fincas en el instrumento público (*)

En el Derecho romano de hace mil setecientos años, la antigua *in jure cessio*, juicio convenido entre el adquirente, que afirmaba ser dueño de la cosa, y el transferente, que apenas se defendía, va desvaneciéndose, hasta que en las grandes compilaciones justinianeas pierde con las palabras *in jure* su característico papel y queda reducida a una simple cesión.

Paralelamente la *mancipatio*, derivada del antiguo *negotium per aes et libram*, se desenvolvía primero como trueque de cosas y más tarde como *imaginaria venditio*, en presencia del portador de la balanza (*libripens*) y de cinco testigos púberes, con solemnidad de todos conocida y efectos reales.

En la *mancipatio* y en la *in jure cessio* se provoca la transferencia inmediatamente o, mejor dicho, se pone de relieve la atribución del adquirente con la afirmación: este hombre es mío (*hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio*), común a las dos formas. En ninguna de ellas se otorgaba capital importancia a la causa o motivo jurídico sobre la que se fundamentaba la transferencia. Ciertamente es que en la fórmula de la *mancipatio* se agrega a las palabras citadas en los tiempos de Gayo: "lo he comprado con esta libra de cobre", al mismo tiempo que el ad-

(*) De la conferencia inaugural del curso de la Academia Matritense del Notariado, dada por nuestro Director, D. Jerónimo González, el 11 de enero de 1943.

quirente golpeaba con el trozo del metal (*raudusculum*) el platillo de la balanza; pero tales formalidades van perdiendo su significación concreta a medida que se aplican a negocios cada vez más distanciados de la compraventa (dote, prenda, adopción).

No debe extrañar a nadie que las transmisiones de propiedad se apoyen, como en dos columnas fundamentales, en las apariencias de un juicio y una venta, porque la ficción es un poderoso instrumento jurídico que fecunda las formas solemnes y las perpetúa a través de los más violentos cambios.

A medida que desaparecen, como modos civiles de transmitir las cosas, en la época clásica la *mancipatio* y la *in jure cessio* se desenvuelven la *traditio*, modo natural de transferir el derecho sobre toda clase de cosas, muebles e inmuebles, por el consentimiento y la entrega o entrada del adquirente en la posesión del *tradens*. Pero, así como en muchos casos las cosas muebles pueden ser entregadas de mano a mano, conforme dirá más tarde Teófilo, es necesario habilitar formas que acrediten el cambio de posesión en los inmuebles. Podía consistir en la instalación corpórea del *accipiens* sobre el predio, y esta forma material de la *entrada en posesión* ha debido ser la primera, según apunta Girard. Los requisitos del abandono (*decedere*) por parte del antiguo dueño con su familia, del ingreso (*ingredi*) del adquirente, atestiguados por la vecindad y que nos recuerdan el rito de la *mancipatio*, van paulatinamente atenuándose, y los textos nos hablan de recorrer las tierras (*glebas circumambulare*), enseñar los linderos (*fines demonstrare*), y más tarde Celso se contenta no sólo con que se pongan los pies en la finca (*pedem finibus inferre*), sino con que el enajenante mostrara la finca desde una torre vecina (*ex turre, traditio longa manu*). El *corpus possessionis* deja de ser parte material integrante del proceso de adquisición para convertirse en una forma esencial del mismo. Por otra parte, los romanos, que no concebían la tradición como un acto compuesto de abandono (por el *tradens*) y de apropiación (por el *accipiens*), no perdían de vista el papel que en la transferencia jugaba la *justa causa* (que ponen de relieve los conocidos pasajes de Gayo y Ulpiano) y concedían al negocio jurídico, por ejemplo: a la compraventa básica, cuando iba unida a la entrega meramente documental, la virtud de autorizar al adquirente para apoderarse por sí propio de la cosa, sin peligro de ser tachado de perturbador de la posesión ajena (*vacuae possessionis traditio*).

Merece especial mención este efecto de las escrituras, que, atribuido en un principio a la compraventa de esclavos, consignada en un documento que se entregaba al adquirente, concluyó por generalizarse con los rescriptos de los emperadores Severo y Antonino incluidos después en el Codex. Ya en este tiempo, diremos con Jörs-Kunkel, la declaración de entrega de la posesión, principalmente escrita, comienza a sustituir en la práctica a la toma real de posesión.

Unase a estas tendencias la admisión de la *traditio brevi manu* (por ejemplo: venta de la casa al arrendatario) y del *constitutum possessorium* (cambio de la posesión en simple tenencia) que el derecho post-clásico y el justiniano favorecieron, y se explicará la amplia vía que la legislación romana dejó abierta a la tradición ficticia (*traditio ficta*).

Resumiendo las características de la tradición como modo de adquirir, dejaremos sentado: 1.º, que es la forma natural del contrato transmisorio donde la voluntad de dar y recibir el derecho sobre muebles o predios encuentra su expresión concreta, y su efectividad en el dar y recibir el cuerpo mismo de la cosa; 2.º, que aunque inexcusablemente referida a una causa jurídica (venta, donación, etc.) se apoya fundamentalmente en el acuerdo del transferente y adquirente sobre el momento inmediato (por ejemplo: pago de una obligación, *animus solvendi*), dejando cada vez más en la lejanía el motivo remoto de la transferencia; 3.º, que inspirándose en el derecho oriental, Justiniano sustituyó al cambio real de posesión la forma escrita con entrega del documento que acreditaba la compra o la liberalidad, es decir, transformó la tradición de la cosa en la *traditio instrumenti*, de tan trascendental importancia para la técnica notarial.

Paralela a esta corriente románica marcha otra inspirada en las costumbres de los pueblos indogermánicos. Los llamados por nosotros Bárbaros del Norte transmitían la *gewere*, forma visible del dominio, cuando se trataba de fincas, mediante entrega ante testigos de césped, tierra, hierba, ramas que, unidas a un guante, en señal de señoría, alargaba o lanzaba el vendedor al comprador en el acto inicial (gótico *saljan*, latín *sala*). Después recorrían la finca ambos interesados y, para terminar, el enajenante la abandonaba solemnemente (*auflassung*, *exitus*) saltando a veces por encima del seto. Estas formas o símbolos de la *investitura* se modificaron al contacto del Derecho romano, especialmente entre los visigodos, que adoptaron la llamada *traditio cartae* o entrega del documento: el pergamino, todavía no escrito, se

ponía en el suelo como incorporado a la parcela. el enajenante lo levantaba (*cartae levatio*) y facilitaba al escribano para que lo llenara y, una vez firmado, lo entregaba al destinatario, que desde aquel momento adquiriría la propiedad.

Confieso que me he visto sorprendido cuando, al evacuar una cita de Brunner y Schröder, he encontrado en el "Forum judicum" la ley sexta del título II del libro V, relativa a las cosas entregadas o donadas por medio de escritura (*De rebus traditis vel per scripturam donatis*) en la que Flavio Chindasvinto desenvuelve con todo rigor los efectos que produce la donación, si la escritura ha sido entregada al donatario, opinando que hay verdadera tradición (*vera esse traditio*). El texto romanecado del Fuero Juzgo traduce que cuando la cosa se halla lejos (*sea luenne*), "si es dada por escrito non debe por ende menos valer, que entonz semeia la donacion perfecta, pues que a ende el escripto daquel que ie la da". Desconcierta un poco esta traducción, porque las palabras *dar por escripto* tienen en castellano dos significaciones diferentes (donar en escritura y entregar el mismo documento); pero que la ley se halla centrada sobre la *traditio cartae*, nos lo demuestran frases como las siguientes: "maguer que non diese el escripto aquel en su vida"; "mas si aquel que fizo el escripto non dio la cosa ni el escripto en su vida a aquel a quien fiziera la donacion" y, sobre todo, la empleada por el donante que niega las consecuencias fundándose en "que fue furtado el escripto".

El mismo procedimiento de la *traditio cartae* vemos empleado en las donaciones hechas a las iglesias cuando la teoría de la persona jurídica no había adquirido su pleno desarrollo: un rico hombre construía la capilla o el edificio en sus tierras; pedía al obispo que la dedicara solemnemente a un santo y se perfeccionaba la entrega o, mejor dicho, la investidura, colocando el documento que contenía la *hereditatio ecclesiae* sobre el altar donde habían sido depositadas las reliquias. No necesito recordaros que, en muchas leyendas españolas, el pecador, que había vendido su alma al diablo, no se creía rescatado por la intercesión de su Divina Protectora hasta que aparecía en el puño de la imagen la escritura firmada por él mismo con su sangre.

La doctrina aparece triunfante en la Ley 8.^a, título XXX de la Partida 3.^a, relativa a "cómo gana o me la tenencia de la cosa, por la carta que le dan de ella". Dos supuestos se pueden distinguir en el claro y preciso texto de la ley: el primero alude a la tradición a una persona

de un heredamiento o cualquiera otra cosa "apoderándole de las cartas porque la el ovo", y responde a la práctica corriente todavía en el derecho notarial francés de entregar los documentos que acreditan la adquisición por el transferente; el segundo, de abolengo germánico, es una verdadera *traditio cartae* "faciendo otra de nuevo e dandogela". En ambos el adquirente "gana la possession (*del transferente*) maguer non le apodere de la cosa dada, corporalmente".

No puede negarse que la redacción de la Ley citada y de los Comentarios correspondientes de Gregorio López, con sus concordancias justinianeas y alusiones a Juan de Imola, Bartolo, Baldo, Alejandro... y en general a la glosa, no conservan las huellas de la investidura (*gewere*), pero su espíritu aparece cuando el comentarista pone de relieve que la ley primera *Cod. de donation.* se refería tan sólo a la tradición del instrumento en cuya virtud se adquirió la cosa por el transferente, mientras la ley de Don Alfonso comprende también la nueva escritura.

En fin, la Ley XVII de Toro declara irrevocable la mejora hecha por contrato entre vivos si se hubiese entregado la posesión de la cosa "o le oviese entregado ante Escribano la escritura de ello" y la Ley XLIV mantiene la analogía de ambas tradiciones al tratar de la revocación de mayorazgos.

* * *

Sin embargo, la práctica notarial del siglo XIX y las disposiciones del Código civil español no tienen sus inmediatos antecedentes en esta *traditio cartae*. El desenvolvimiento del documento público y la distinción de la escritura matriz destinada a la autenticación de la prueba y constancia de las relaciones jurídicas, frente a la primera copia, instrumento enfocado al tráfico jurídico, a la legitimación y a la ejecución procesal, no se prestan a la cristalización de los derechos adquiridos ni a la incorporación de facultades en los testimonios notarialmente expedidos. La entrega de la copia, su transmisión material para perfeccionar la cesión de derechos o su pignoración directa, desaparecen ante el absorbente papel del *constitutum possessorium*.

En el Derecho romano se encuentran fácilmente los antecedentes de esta *tradition*, llamada a tan maravillosos destinos, si bien la trayectoria por la que se ha llegado a considerar perfeccionada la transmisión de propiedad mediante el cambio del antiguo dueño en mero detentador

todavía es objeto de enconadas discusiones. Parece que de las donaciones con reserva de usufructo y de las garantías de tipo fiduciario en que el deudor, después de haber enajenado la cosa al acreedor, continuaba utilizándola a modo de los hipotecantes actuales, ha nacido el *constituto*, en cuya virtud el transferente transmite en verdad el dominio, reteniendo materialmente la cosa en concepto de comodatario o depositario del adquirente. Admitida primero la emancipación con reserva del usufructo, y más tarde la tradición con iguales efectos, Celso dió un atrevido paso al sentar que lo que poseo en propio nombre (como dueño) puedo poseerlo en nombre de otro (por ejemplo, como arrendatario), y sea por evitar la entrega y devolución, de igual manera que en la *traditio brevi manu*, o por entender que la posesión se adquiere en aquellos casos con el *animo* del adquirente y el cuerpo o aprehensión del *procurator*, la jurisprudencia abre camino a la teoría que verá en el *constitutum possessorium* un tipo de adquisición de la posesión por medio de representante. Esta fué la opinión de Azon y de la mayoría de los postglosadores, valorada por Donelo, reconocida por Cuyacio y descubierta *de nuevo* por Savigny a principios del pasado siglo.

Las formas reales de tradición corrían grandes riesgos con el sistema: bastaba convenir o reconocer la entrega con la fórmula "declaro poseer en nombre ajeno", "confieso que poseo en tu nombre" (*constituo, confiteor me tuo nomine possidere*) para que la propiedad y la posesión se entendieran transferidas sin ninguna otra solemnidad.

A tal criterio responde la ley 9.^a, título XXX, de la 3.^a Partida, que no sólo legitima la enajenación de las fincas mediante la reserva de usufructo o el arrendatamiento, con la doble consecuencia de ganar "la posesión de la cosa aquel a quien es enajenada" y adquirir el señorío "bien así como si fuese apoderado corporalmente della", sino que admite el *constituto abstracto*; es decir, sin prueba ni alegación de la causa (arriendo, comodato, depósito, sociedad, etc.) por la que yo, antiguo dueño, sigo en la tenencia, bastando con que "dixere: Otorgo que de aquí adelante ltengo la posesión della en vuestro nombre".

No obstante, en los modelos de cartas o escrituras que contiene el título XVIII de la 3.^a Partida se prefiere, cuando no hay tradición real (por ejemplo, entrega de las llaves de la casa o del caballo por el freno), conceder al comprador "libre e llenero poder para entrar

en tenencia de aquella cosa sobredicha que le vendió sin otorgamiento de Juez o de otra persona cualquier".

La tendencia a sustituir la tradición verdadera o propia por cláusulas contractuales se desarrolló en Francia, merced al mecanismo de la *dessaisine-saisine*, y jugó, según Planiol, un papel tan decisivo en la materia que el Código de Napoleón apenas si necesitó innovar nada. Después de la "coutume de Sens", que habla de las cláusulas traslativas de la propiedad, cita la afirmación de Loysel, para quien "en cuanto se ha vendido ya no se tiene nada", y concluye con Ricard que la tradición no servía más que para aumentar las cláusulas de los contratos y dependía tan sólo del estilo de los Notarios.

Todavía resiste Pothier, a fuer de buen romanista, pero la corriente engrosada por las opiniones de Grocio y de Domat aflora en el artículo 711 del Código citado, a cuyo tenor "la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por el efecto de las obligaciones", y en el artículo 1.138, que dice: "La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes. Hace al acreedor propietario, aunque la tradición no haya sido efectuada."

Y con una técnica ambigua, Bigot de Preameneu nos advierte en la Exposición de Motivos: "El consentimiento perfecciona (*rend parfaite*) la obligación de entregar la cosa; no hay necesidad de tradición real para que el acreedor deba ser reputado dueño."

No sería sustancial el cambio introducido por el *Code civil*, pero los Notarios se creyeron autorizados para abandonar las antiguas cláusulas de constituto posesorio, facultades para entrar en la tenencia, precario, *dessaisine-saisine* y otras que sustituían a la tradición. El mismo Planiol, que pone de relieve la diferencia entre las escrituras anteriores al siglo XIX y las fórmulas posteriores, da a entender que los autores del Código no querían ir tan lejos, puesto que no prescindían de la tradición, contentándose con la implícita en el acto jurídico o resultante de las cláusulas contractuales.

A pesar de la avasalladora influencia ejercida por el Código civil francés sobre los juristas españoles, nuestra tradicional doctrina se mantuvo incólume, y con el refuerzo de las Contadurías de hipotecas y más tarde con la ley Hipotecaria, volvió por los fueros de la publicidad. Sobradamente conocida es por todos vosotros la redacción primitiva del artículo 609 del Código civil y la introducción de la frase que

ha servido para perpetuar el espíritu de las Siete Partidas. Según el texto vigente, "la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición".

Ahora bien, se ha omitido la reglamentación (o se encuentra desperdigada, sin unidad, en el Código civil) de esta fundamental institución, y los autores españoles de más renombre, preocupados, como el Sr. Sánchez Román, por la defensa de la doctrina patria frente al Código de Napoleón, u ofuscados por el paralelismo entre la obligación de entregar la cosa vendida que los artículos 1.482 y siguientes regulan (al estilo francés) y la tradición propiamente dicha, como el Sr. Gamazo, Presidente de la Comisión parlamentaria respectiva, tampoco sientan con claridad las bases de este modo de adquirir la propiedad.

Limitándonos al campo inmobiliario, todavía no se han puesto de relieve las relaciones entre las dos leyes fundamentales, e ignoramos hasta qué punto se influyen recíprocamente tradición, posesión e inscripción.

Cierto es que la Exposición de Motivos de la ley Hipotecaria sienta las siguientes afirmaciones: "Una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición no traspasa al comprador el dominio; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto de todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción." En cambio, falta en la misma ley una declaración explícita del siguiente tenor: "La propiedad de los inmuebles se adquiere mediante la inscripción; la entrega de la posesión no es necesaria para la transmisión del dominio." Este claro precepto de la ley del Reino de Sajonia, aprobada el 6 de noviembre de 1843, puso fin a las dudas y disquisiciones que Berger y Wernher habían desarrollado ya a principios del siglo anterior, mas no quería decir que la inscripción en los libros hipotecarios sustituyese a la entrega natural y produjera sus efectos. Un comentarista (Heyne) del artículo 2.º a que venimos aludiendo, reserva al comprador de una finca demandado sobre el cumplimiento del contrato, sin que la entrega hubiese tenido lugar, la *exceptio non adimpleti contractus*. Nuestra técnica parece desconocer tales problemas, confunde la tradición con la obligación de entregar y emplea, como el Código civil,

las mismas frases de los juristas franceses, a pesar de las diferencias conceptuales. Y el Tribunal Supremo, más en contacto con la realidad, se ha visto en la necesidad de separar la tradición ficticia de la tradición real y se inclina a estimar consumada la venta cuando aparece inscrita la finca, concediendo al comprador una acción reivindicatoria frente al tercer poseedor.

Afortunadamente, el artículo 1.462 de nuestro Código introduce en los textos traducidos del napoleónico una tradición presunta que acerca los dos sistemas y ha sido utilizada sin reparos por los formularios notariales: "Cuando se haga la venta mediante escritura pública el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario." De aquí que los fedatarios precavidos, sin meterse en profundidades sobre la existencia o no de la *vacua possessio*, se contenten con estampar una cláusula de estilo: "el adquirente toma posesión en el hecho de firmar esta escritura" u otra de análogo contenido.

Cualquiera se figuraría que con estos procedimientos el instrumento público y el Registro de la Propiedad habían quedado desligados de la tradición y de las complicaciones posesorias. ¡Nada más lejos de la realidad!

El Notario no puede desestimar la técnica de la tradición fundándose en que el asiento registral cubrirá los puntos vulnerables; primero, porque las escrituras tienen un período de vida entre su firma y su inscripción, en que funciona el régimen de la *traditio*; segundo, porque son muchos los instrumentos que han de quedar fuera del Registro por falta de previa inscripción, por abandono del adquirente o por defectos subsanables e insubsanables, y tercero, porque un número considerable de parcelas no pueden ingresar en los libros hipotecarios sin gastos extraordinarios y diligencias inacabables. Esto aparte de las escrituras no sujetas a inscripción por referirse a bienes muebles y a los conjuntos de cosas (almacenes, comercios, explotaciones industriales) que no ingresan en el Registro de la Propiedad.

* * *

De mayor trascendencia que las anteriores consideraciones es el problema de la equiparación o aproximamiento de la posesión tabular y de la tradición registral.

Al comparar nuestro sistema hipotecario con los extranjeros, nos encontramos con que el artículo 41 de la Ley de 1909, a cuyo tenor "quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos", responde, por una parte, al criterio fundamental en la materia del Código civil austriaco, y de otro lado, marcha paralelo a la poderosa evolución de las repúblicas sudamericanas de habla española. No obstante, las tres corrientes (austriaca, española y americana) se desenvuelven con toda independencia, sin influirse visiblemente, y los juristas o legisladores respectivos parecen no tener noticia de lo que pasa en los otros Estados aludidos.

Ya hemos hecho constar en otra ocasión que el legislador español, impresionado por el Acta de Torrens, que no sospecha el problema, por la ley prusiana de 5 de mayo de 1872 (derogada por el B. G. B. enemigo de la posesión registrada) y por un artículo del Código civil suizo, cuyo alcance fué fijado posteriormente por la doctrina como de técnica distinta, introdujo el famoso texto para otorgar a la inscripción las acciones interdictales y posesorias. Hasta ahora no he tropezado con ninguna alusión del mismo a los sistemas que voy a exponer.

La legislación austriaca anterior al siglo XIX, y en especial el *Codex Theresianus*, después de distinguir la posesión natural de la jurídica en los bienes inmuebles, repetía con insistencia que la posesión jurídica solamente se podía adquirir con la inscripción en los libros registrales del título correspondiente, y el proyecto Martini, con frase lapidaria, declaraba: "sin inscripción no se puede adquirir la posesión jurídica".

En la discusión y redacción del Código civil general se elevó a teoría científica un concepto del Derecho real, combinación de la investidura con la técnica posesoria, que ponen de relieve los siguientes términos. "Si un derecho como real ha de valer frente a todos, es necesario dotarlo de apariencias significativas (*deutliches Merkmal*), por donde las terceras personas puedan reconocerle. Una de estas notas características es la posesión: sea la corporal o la acreditada por signos o marcas, o la inscripción en libros accesibles a todos." Los artículos 321 y siguientes del Código austriaco mantienen esta doctrina, pero fueron oscurecidos por las enseñanzas romanistas de Savigny, Unger, Randa y Krainz, que no veían en la posesión más que el

hecho material y centran sus efectos sobre los interdictos. Contra ellos levantan la bandera de la posesión tabular, dirigida por el lado interno al goce y utilización de la cosa, por el externo a su enajenación y gravamen, Hans Melzer y Julius Brügel en una obra sobre la posesión natural y tabular, publicada en Viena en 1913. El concepto de posesión se forma por tres elementos: la voluntad de poseer, la manifestación de tal voluntad y una base o causa jurídica que la legitime, dándole apariencias de propiedad (*Omnia ut dominum gessisse*). Son variadísimas las formas adquisitivas de la posesión, y entre ellas los citados autores estudian la de las cosas sin dueño (ocupación) y la de cosas poseídas por otro mediante su consentimiento (tradición) o contra su voluntad (usurpación). En la tradición, la cosa sometida a una voluntad pasa a ser dominada por otra, hay solamente un cambio de sujeto, y sobre esta particularidad se ha de centrar su exteriorización o forma jurídica.

Ahora bien; si admitimos para tales fines actos oscuros o clandestinos, ¿cómo negar que la transmisión recibe al ser inscrita una publicidad y energía que los otros medios no pueden nunca otorgarle? "La inscripción hipotecaria es precisamente la forma ideal de la manifestación de voluntad dirigida a la adquisición de la posesión." En fin, el Derecho moderno maneja sin recelos la sucesión en la posesión *mortis causa e inter vivos*, la accesión de posesiones, la *cuasi possessio* de los derechos reales, y se aleja de los modos groseros, rurales, primitivos y a veces ridículos de transmitir el señorío de las cosas.

Para dar una clara idea de la tercer corriente (sudamericana) a que me he referido, leeré el párrafo con que principia su tesis doctoral sobre prescripción adquisitiva de los bienes raíces inscritos el Sr. Rolán Ossa (Bogotá, 1918): "Nuestro Código civil (*el de la República de Colombia*) ha establecido y reconoce un sistema único, necesario y solemne, para la tradición del dominio de los bienes raíces. De acuerdo con ese sistema, la tradición de tales bienes debe efectuarse por la inscripción del respectivo título en la oficina del Registro de instrumentos públicos. De consiguiente, la entrega material, dentro del sistema dicho, no es necesaria para que la tradición sea perfecta, efectiva y completa."

En verdad, no puede estar más explícito el artículo 856 del texto legal aludido: "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registros de instru-

mentos públicos. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituídos en bienes raíces y de los de habitación e hipoteca."

Con anterioridad a nuestra ley Hipotecaria, el Código civil chileno consignaba estos principios con toda valentía: "Artículo 686. Se efectuará la tradición de dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador." Artículo 724. "Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ellas, sino por este medio." Artículo 728. "Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele."

Y no hay que pensar en una confusión de conceptos o de palabras, porque la Exposición de Motivos presentada por el Ejecutivo Nacional al Congreso declara que la transferencia y la transmisión de dominio o la constitución de un derecho real exigen una tradición, y la única forma de tradición que para estos actos corresponde es la inscripción en el Registro conservatorio, concluyendo con frases precisas: la inscripción es la que da la posesión real, efectiva: "mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor".

Las razones que mueven al legislador están al alcance de todos: no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción, y de otra parte, con este sistema puede llevarse toda la propiedad inmueble al Registro sin adoptar medidas draconianas ni exigir procedimientos embarazosos. Este irá produciendo paulatinamente sus efectos, y al cabo de poco tiempo, *inscripción, posesión y propiedad serán términos idénticos*.

El doctor colombiano Fernando Vélez, en su tratado de Derecho civil, afirma que no hay en aquel país ninguna disposición legal que requiera para la tradición de bienes raíces que éstos se entreguen al adquirente.

Después de estas afirmaciones es lógico que se llegue a la siguiente conclusión: "Con la institución del Registro creó el legislador un nuevo sistema de posesión de los inmuebles: el sistema o régimen de la *posesión inscrita*." (Roldán, op. cit., 26.)

Ante una coincidencia tan extraordinaria del pensamiento jurídico en pueblos tan importantes como distanciados, y cuyos juristas y legisladores, si se conocen, no se citan ni aluden al desenvolver sus

intenciones y normas, queda el observador, en primer lugar, sorprendido por la espontaneidad del movimiento y, en segundo término, por sus fundamentos o alcance. Es indudable que los austriacos no han tomado del occidente de Europa la llamada *posesión tabular*, y los reformadores de nuestra ley Hipotecaria, en especial los señores Martínez Pardo, Pazos y Aragonés, que llevaron el peso de la campaña a principios de este siglo, no se apoyan en aquel concepto ni han tomado de las naciones sudamericanas, que nos deben sangre, tradiciones e idioma, la inspiración de los preceptos que más tarde se han incluido bajo el discutido artículo 41.

Pero dando por legitimada la figura, frente al sistema alemán que acepta la doctrina de Savigny y se niega a tratar la posesión jurídica como derecho inscribible, ¿puede colocarse toda la técnica inmobiliaria bajo la disciplina de la *traditio rei* sin más que asignar al instrumento público la función de *título* y a la inscripción la categoría de *modo de adquirir* o entrega de la finca?

JERÓNIMO GONZÁLEZ

La irretroactividad de las leyes y el Derecho antiguo

II

Hemos dicho que el Derecho era, y que era por su carácter de deber ser jurídico, la más alta realidad en un larguísimo período en que el ser y la realidad natural eran desconocidos, y que era inmutable. No hemos profundizado lo bastante en el significado de la fuerza normativa en los pueblos antiguos de la revelación mágica, hecha en las más diversas formas por brujos, magos y sacerdotes, que no sólo eran intérpretes inapelables de los ritos, sino custodios del incumplimiento del castigo de las infracciones de las minuciosas prohibiciones que pesaban sobre el hombre primitivo, cuyos actos tenían una extraña repercusión en el mundo por sus relaciones inmediatas con los dioses (1), por lo que su no cumplimiento podía acarrear, no un cambio, pero sí, por caminos secretos e inmutables, el rompimiento de la paz con las fuerzas mágicas, únicas reales y activas para ellos, y atraer sobre los suyos males inevitables, de no restablecerse la situación con la repetición invertida del acto u otros ritos y sacrificios.

Los brujos, los sacerdotes, no sólo eran intérpretes y definidores de las normas, sino los depositarios de la ciencia tradicional, y en uno y otro sentido, reveladores del deber ser (2). Eran al par definidores de la norma, por ser los conocedores del misterioso ser de todo y sus leyes, y al par celosos guardianes de sus conocimientos

(1) Levy-Brühl, o. c., prólogo, xvi-xvii. «Para protegerse y defenderse poseen tradiciones transmitidas por sus antepasados. La confianza en las mismas parece inquebrantable. No buscan otra cosa, más que por pereza mental, por respeto religioso y temor a lo peor. En tales materias, más que en cualquier otra, toda innovación podría ser peligrosa. No se atrevían a correr el riesgo»

No es, como cree Levy-Brühl, que viesen un cambio posible y el temor les impedía reconocerlo, sino que se trata de algo mucho más difícil de comprender por nosotros, que la idea de un cambio, de un devenir cultural les es totalmente extraña, y aun causando un cambio, no podían concebir que se alterase lo que era

(2) E. Durkheim, o. c., pág. 306: «El levita y el braman, para cumplir las obligaciones de su empleo, no precisaban ninguna ciencia voluminosa, pero precisaban una superioridad nativa de inteligencia, que les hacía accesibles a ideas y sentimientos cerrados al vulgo»

y del cumplimiento escrupuloso de los usos inmutables (1). Según Platón, en el libro II de *Las Leyes*, los egipcios prohibieron alteraciones hasta a los artistas, pintores y escultores. Entre los antiguos aztecas, la asamblea de los representantes de los calpullis tenía por principal misión, no el dictar nuevo derecho, sino, al contrario, velar por el mantenimiento de las costumbres antiguas (2).

La estática inmovilidad del Derecho se revela en las precauciones minuciosas para evitar su crítica y reforma (3); de aquí el fraude a veces para revestir la norma de una intangibilidad absoluta, de su origen divino (4), y el ocultar celosamente su creación y hasta su conocimiento. Licurgo va a Delfos a recibir la inspiración de sus leyes, y en Roma costó una larga lucha la publicación para que fuese conocido del *ius Flavianum*. A los jóvenes de Creta y Lacedemonia les estaba prohibida la crítica de las leyes (5).

El legislador reformador tenía que plegarse a buscar la garantía divina para sus leyes en su promulgación, en su observancia, amenazando con la cólera divina a los infractores, y en épocas más modernas sólo podía llevar a cabo la reforma con poderes dictatoriales. Licurgo, Dracón, Solón y los mismos Decenviros, recurriendo otros a fraudulentas revelaciones o hallazgos fraudulentos de libros, como el del sumo sacerdote Hilcias (6).

Conocida es la resistencia a la innovación en el Derecho antiguo, que perdura manifestándose en el seguir utilizando las formas anti-

(1) Deuteronomio, XVII, v. 12 y 13: «Y el hombre que procediere con soberbia, no obedeciendo al sacerdote, que está para ministrar allí, delante de Jehová tu Dios, o al juez, el tal varón morirá y quitarás el mal de Israel. Y todo el pueblo oírà y temerà y no se ensoberbecerà más.»

Lubbock, *Les origines de la Civilisation*, París, 1887, pág. 440 «El salvaje no es libre en ninguna parte. En el mundo entero su vida diaria está regulada por una cantidad de costumbres complicadas y generalmente muy incómodas, prohibiciones y privilegios absurdos. Numerosas reglas severísimas, aunque no estén escritas, acompañan todos los actos de su vida.»

(2) Letelier, o. c., pág. 599.

(3) Este horror a lo nuevo ha sido llamado por Lombroso «misonismo». O. c., II, capítulo I, pág. 31. «Chez les Jhuviens, celui qui proposait la réforme d'une loi devait se passer un lacet au cou, si le peuple repousait sa proposition in était immédiatement étranglé.» (Diodoro, lib. XII.)

(4) El Código de Manu, lib. I, art. 108, relaciona con la revelación hasta la costumbre.

(5) El espíritu irreformador parece renacer en los períodos codificadores; el prefacio del Digesto dice: «nemo.. audeat commentaris iisdem legibus advertere»; en Prusia, después del Landrecht del 1794, se establecieron penas para los comentaristas.

(6) Libro II de los Reyes, 22, v. 8-10-13, y 23, v. 2.

guas para servir a un distinto contenido, por ser inmutables, dice Gayo en su *Instituta* (1), refiriéndose a las *legis actionis*, en relación con las ampliaciones del Derecho pretorio, "*vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo immutabilis proinde atque legis observatus*", y estas *legis actionis* tuvieron su origen en un tribunal, no civil, sino religioso, así como también la *sponsio* era en su origen una obligación religiosa (2).

Si tuviese sentido hablar de retroactividad o irretroactividad en el período del Derecho primitivo, podríamos decir que todo el orden jurídico era un derecho adquirido; ningún legislador podría dar leyes con efecto retroactivo, no obstante aplicarse el nuevo Derecho inmediatamente por su carácter; por ello negamos que en dicho período, el más largo de la Historia, rigiese el principio de la retroactividad de las leyes, como dice Lassalle, porque antes del principio de la retroactividad ha de abrirse camino y triunfar el de la reformabilidad de las leyes.

Este principio no puede tampoco ser admitido repentinamente; precisa un proceso de siglos y traerá consigo una nueva cultura; no ha de presentar batalla, en modo alguno, sino penetrar poco a poco en la conciencia ciudadana, que llegará a humanizarse, y lo hace primero respetando exteriormente el principio opuesto, limitándose a que el individuo pueda reconocer e invocar, no el principio de reforma de la ley y de caducidad de la misma, que sería la ruina del mundo antiguo, sino un Derecho superior a las leyes (3) con el cual se concilia la variación que se impone, con la inmutabilidad, dado que conservara la inmutabilidad, que va perdiendo el que tiende a convertirse en inferior, en Derecho positivo de las ciudades.

Con la nueva personalidad griega, y como opuesta una mayor objetivización y un alejamiento del hombre del mundo objetivizado, éste se va haciendo hostil e impenetrable, lo natural va apareciendo como materia y se empieza a negarle verdadera realidad, que se va excluyendo idealmente del mundo como algo que sobre él planea in-

(1) Libro IV, § II.

(2) Ihering, *El espíritu del derecho romano.*, t. I, pág. 346, y t. II, pág. 247.

(3) Ver en Sófocles, *Antígona*, la respuesta de ésta a Creón, 446-468: «... los decretos de un hombre no pueden prevalecer contra las leyes no escritas, obra inmutable de los dioses, que no son de hoy ni de ayer, sino que existen desde todos los tiempos...»

También en su *Edipo rey* se hace referencia a leyes divinas que jamás se abolirán. Páginas 863 y sigs

contaminado, ordenando e informando el caos material perecedero.

Pero esta idealización racionalista no es, naturalmente, lograda de pronto. El Solón, será una justicia divina (1), aun relacionada y manteniendo a la justicia ciudadana. A nuestro juicio, es Heráclito el que rompe resueltamente la antigua paz (2), y antes de llegar al estoicismo romano, forma de superación de la cultura antigua, el devenir se manifiesta en dos direcciones que cooperan ambas en una misma obra (3).

De un lado están los que se detienen, aparentemente, en las contradicciones y antinomias y en la mutabilidad recién descubierta—los sofistas—; de otro, el que quiere superarla, con una ciencia superior a la ciencia, la ciencia necesariamente *inmutable* (4), del Derecho natural, la ciencia suprema del bien y del mal—Sócrates—.

Ambas direcciones cooperan en la ruina del mundo antiguo y ya está plenamente admitido el principio renovador en la Constitución ateniense, donde los Yesmotetas debían revisar las leyes y proponer anualmente al pueblo la corrección y el día once de la primera prítania releer al pueblo las leyes y tratar en la junta de su corrección y reforma, y, de creerse precisa, los nomotetes la estudiaban y la proponían en la última junta de la misma prítania (5).

ANTONIO MARÍN Y MONROY

Notario.

(1) P. Guérin, o. c., pág. 29 y nota. La Diké, justicia divina, en Solón.

(2) J. Binder, *Philosophie des Rechts*, Berlín, 1925, pág. 752: «Das *ins naturae*, dem *πῶς δίκαιον* der Griechen entsprechend, ist ein ungemein weiter Begriff, der gewonnen wird, indem man die Idee der Gesetzes von der *πόλις* auf das *Universum* überträgt. Das hat zuerst Heraklit getan und nach ihm die Stoa: so wird die Welt als ein geordneter Staat betrachtet, in dem Gesetze regieren und Gesetzen gehorcht wird und diese Gesetze gelten dann ebenso wie für die ganze Natur so auch für den Menschen.»

(3) L. Robin, *La pensée grecque*, París, 1923. *La sofística del siglo V*, págs. 160 y sigs., pág. 161: «Los principales artífices de la revolución que en la orientación del pensamiento tuvo lugar hasta mediados del siglo V, han sido a la vez los sofistas y Sócrates. A pesar de la tradición, en un sentido bien fundada, de su antagonismo mutuo, no es paradoja el considerarlos como colaboradores de una misma obra.»

(4) El pensamiento de que, junto a los ordenamientos jurídicos formales y positivos, ciertos derechos son eternos e imperecederos, es un bien cultural del mundo antiguo» J. Serrano Serrano, «Justa causa traditionis», *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, núm. 120, diciembre 1934, pág. 894.

(5) Filangieri, o. c., t. I, págs. 66 y sigs.

El problema de la unificación del Derecho Civil Español

Don Enrique del Valle Fuentes ha publicado en el número 185 de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO un artículo en el que aboga por la unificación del Derecho civil de España. La aspiración de este respetable escritor es digna de ser tomada en consideración, y ha de estudiarse el medio de llegar a realizarla, si es que ello es posible, con mucho cuidado. La precipitación en esto, como en todo, sería contraproducente. Desde que el mundo es mundo, o mejor dicho, desde que en el mundo hay seres humanos, se está procurando una organización perfecta de todos los intereses de los hombres, que aún no se ha conseguido y que parece que no lleva trazas de lograrse. Es nuestro sino este de buscar anhelantes la verdad absoluta sin poder hallarla jamás.

El problema de unificar el Derecho civil de España es más concreto y limitado que el de poner de acuerdo a la Humanidad; pero no por eso, por ser tan pequeño, deja de ser difícilísimo.

De verdad, lo que a todos los que estudiamos el Derecho nos ha sucedido es esto: nos molesta que haya diversidad de normas jurídicas para resolver hechos y negocios que aparentemente son idénticos. Cuando estudiábamos en la Universidad, al enfrentarnos con la disciplina denominada Derecho Civil Español Común y Foral, nos hacíamos esta simplicísima pregunta, que nadie contestaba satisfactoriamente: Aquí, en el Código civil que tenemos en la mano, están contenidos los preceptos que han de regular las relaciones civiles (llamamos así a las que por una convención explicable, pero no justificable, nos parecen tales, pues hay muchas fuera del Código que lo son y muchas dentro de él que no son civiles); pues ¿cómo se comprende que al lado de allá de un límite geográfico, impuesto tal vez por un

fin político, ya no sean válidas las normas de Derecho que del lado de acá lo son?

Se nos contestaba con opiniones, no con razones. La sucesión por causa de muerte aquí es distinta de aquella que allá rige, porque nuestras costumbres, nuestra legislación, nuestro Derecho, son diferentes de los que se aplican en la otra parte. ¡Ah!, si esto es así, repreguntábamos: ¿es que existen dos o más Derechos? ¿Es que el Derecho no es igual para todos? Si no hay más que un Derecho justo, ¿cuál de los dos no lo es? ¿O es que hay dos tipos de Derecho justos ambos, aun siendo contradictorios? Teníamos entendido, porque nuestra razón así nos lo dicta y porque la Filosofía y la Moral lo garantizan, que no debe haber más que un solo Derecho, ajustado a una sola Ley, y que ésta no puede ser impuesta más que por quien tenga facultad para discernir lo justo de lo injusto, sin que quepan veladuras ni sofisticaciones que la alteren, varíen o dejen sin efecto.

¿Cómo es que, reconociendo necesaria, con necesidad trascendente, la existencia de la patria potestad como institución humana, haya gentes, esas de ahí enfrente, que se pasen bonitamente sin ella y vivan su vida jurídica sin alteraciones visibles que la impongan; es más, temiendo que se le instituya, por los males e injusticias que pudiera proporcionarles?

Estamos de acuerdo, así lo aprendimos cuando estudiábamos Derecho Natural, que es Filosofía del Derecho, en que hay una Ley Eterna y una Ley Natural que es participación de aquélla en la humana criatura, y una Ley humana positiva. También comprendemos que esta Ley humana positiva es, o debe ser, no más que una traducción de las leyes superiores, Eterna y Natural, aplicable a las relaciones de los hombres.

Pero surge un problema, al llegar a este punto, que tiene aspecto de insoluble. Si conocemos esas leyes Eterna y Natural, ¿cómo no se amolda a ellas nuestro Derecho positivo? Y si no las conocemos, ¿cómo nos será posible hacer una ley Positiva justa? Que la ley Positiva actual no es traducción de las Eterna y Natural se demuestra fácilmente con sólo pensar que históricamente se halla en constante variación; y ¿cómo es posible pensar que lo que procede de lo inmutable esté sujeto a tantas mudanzas?

La Ley Eterna promulgada por Dios es siempre la misma. Dios legisló para la eternidad y no se concibe ni que hiciera una Ley Eterna

que fuera temporal, por estar sujeta a cambio, ni que Él mude de opinión en vista de las circunstancias, porque Dios no puede opinar, pues sólo opinan los seres limitados que no conocen absolutamente la verdad, ni para Él hay circunstancias, pues todo lo tiene presente como ser absoluto, omnisciente y omnipotente que es. Dios hizo una Ley que es buena y definió lo justo y lo injusto como tuvo por conveniente, y nadie, que no fuera otro Dios, lo que repugna a la razón que tenga existencia, puede discutir ni alterar sus preceptos. Lo bueno es bueno y lo justo es justo, porque lo es *en sí* o porque Dios lo quiso. Yo no sé si pudiera Dios cambiar la naturaleza de las cosas haciendo lo malo bueno y lo justo injusto. Esta duda, que atormentó a tantos Padres de la Iglesia y a muchos escolásticos, yo la dejo en duda, y creo que nadie ha dicho, ni dirá la última palabra acerca de ella jamás.

Llegados a este punto de la investigación, las cuestiones se enlazan y se enredan de tal forma que no hay modo de entenderlas. Si conocemos la Ley Natural, ¿cómo es que existen tantas variedades de leyes positivas? Y si estamos seguros de cuál es la norma justa, ¿cómo es que los legisladores promulgan e imponen el cumplimiento de las que no lo son?

La obligación de cumplir la Ley no puede deducirse, en último análisis, de una institución puramente humana, sea que adquiera ello su expresión en las leyes humanas o en costumbres heredadas. Surgiría bien pronto la pregunta de por qué me pueden obligar a mí otros hombres o hechos que hayan podido hacerse históricos. Como individuo, no es el hombre puro resultado del desenvolvimiento histórico o del medio. Es algo propio, nuevo y subsistente. Por eso, dicha obligación, así emanada, estaría en contradicción directa con su ser. Sobre todo, la absolutez de tal obligación es imposible de obtenerse de un origen así. Si esto fuera cierto, también lo sería el que todo lo nuevo e individual se tuviera como inmoral y recusable, lo que haría radicalmente imposible el progreso del Derecho y de la Cultura, tan inherente al ser del hombre; es decir, que sus consecuencias destruirían este ser.

La posible unificación de nuestro Derecho positivo debe de intentarse sólo con relación a los principios que rigen la obtención de la norma justa. No ha de procurarse que todo el Derecho sea uno por sola comodidad o conveniencia discutible, sino por necesidad inelu-

dible de la selección de lo normativo en vía de justicia intrínseca. Pero ¿esto es posible?

Sólo en vista del bien común puede intentarse la unificación del Derecho español. Esa es la suprema razón de la norma jurídica, el ser hecha en relación con el bien de todos o de los más, por lo menos. Entiéndase bien que unificar no es soldar, ni amalgamar, ni unir. No se trata de buscar una Ley que de forma mecánica pegue y yuxtaponga elementos, sino de hallar una Ley que de forma orgánica haga uno en sí lo que antes era vario, por accidente o por separación.

Esta labor es fatigosa y seria. Partir del principio es necesario. Hay que hallar quiénes sean los encargados de la unificación del Derecho, sin que se les acucie por modo imprescindible a que cumplan tal misión. Han de ser hombres conocedores de la noción de lo justo, que procedan como legisladores que no ignoran la Ley Natural o que ofrezcan cierta garantía de aproximarse a ella en sus determinaciones. Han de recoger en una síntesis suprema lo ya hecho, lo ya legislado, y han de discernir lo aprovechable de lo inservible. Esto es fácil de decir y proponer, pero es tremendo de realizar. No se pueden tomar las instituciones castellanas, aragonesas, navarras, catalanas, etc., así, en bloque, y dejarlas reducidas a sólo unas u otras o a una mezcla de todas. Ha de funcionar, aquí más que nunca, la llamada política del Derecho. Ha de medirse tanto la virtud intrínseca de la institución nueva, modificable o desechable, como la oportunidad en el tiempo del trato a que haya de ser sometida. Hay que tener el valor de ser claros y honrados y declararse vencidos cuando la posibilidad de la unificación resulte inasequible. Pasar por la depuración de un crisol intenso las instituciones, no es un trabajo químico; es una empresa moral que debe valorizarse en su justa medida. Si se está seguro de que unos principios son válidos para todos, deben de prescribirse; si no, deben de ser omitidos. No todos los enfermos requieren el mismo tratamiento; por eso no hay específicos, hay medicamentos. No hay preceptos absolutos más que en la esfera de la Filosofía, donde el axioma tiene su asentamiento. Qué es el bien común, o, dicho de otro modo, lo común del bien, es muy arduo de determinar. Y ello porque no ha legislado sólo el legislador que parece tal, sino ese otro a quien llaman vulgo, que es, en reducidas cuentas, el legislador individual innominado, que es tal por el asentimiento tácito o expreso de los que siguen su inspiración para resolver el caso dudoso que se plantea y que forma la costumbre, el uso o el

principio del que se servirá el hombre para llenar lagunas de la Ley, para crear normas o para modificar o derogar las existentes. Y esto no se puede olvidar. Por lo que sea, unas instituciones se hacen carne y sangre del Derecho de ciertas personas, que para otras ni categoría de interesantes presentan. Cualquier ejemplo lo demuestra. En cuarenta provincias españolas apenas si se hacen la décima parte de las Capitulaciones Matrimoniales, de las que, con nombramiento de heredero, se realizan en tres provincias aragonesas. ¿Cómo en nombre de unificación del Derecho Civil español imponer a todos los españoles una institución que los más ni siquiera entienden? Hay otra verdad, y es que el medio geográfico influencia al Derecho positivo. De la norma jurídica referente a riegos que rige en Canarias, Valencia o Huesca, a la que se puede considerar válida en la Mancha, hay una gran diferencia. ¿Qué tienen de común la explotación minifundista con la de régimen de latifundios? ¿Cómo equiparar el régimen jurídico del alquiler urbano de Madrid o de Barcelona con el de una aldea de Soria o de Extremadura?

La posición en que se coloca el escritor que me sugiere estas observaciones es interesante; mas los argumentos que emplea, tal vez no sean del todo convincentes. Si hay un motivo serio para unificar todo el Derecho Civil de España, ese mismo motivo parece que valdría para pretender unificar todo el Derecho Civil del mundo. Si sólo se trata de una conveniencia nacional, se puede admitir que el intento de unificación se realice; por supuesto, después de bien cerciorados de que tal conveniencia tiene un valor positivo. Si se propugna la unificación en vista y con relación, no sólo a la conveniencia nacional, sino desde el punto de vista de buscar la norma positiva que más se ajuste a la natural o justa, entonces el problema acucia en cuanto a su resolución, no a los españoles, sino a los hombres todos. Se podrá contestar que por la organización actual del mundo, hasta ahora insustituible, habiendo tantas soberanías como países, resulta imposible la unificación del Derecho, pues que el soberano de los soberanos está oculto o no se ha descubierto todavía. Ello es cierto. Hemos de conformarnos con que en cada país el legislador legisle haciendo positivos los preceptos de la Ley Natural que él conoce o haciendo como si la conociera. Por supuesto, no dejando de comprender cómo es posible que con arreglo a la Ley Natural los preceptos de la Positiva han de ser diferentes, porque por muchas razones parece claro que eso de la igualdad de los hombres sólo tiene la

categoría de un mito bastante alejado de la verdad, aunque otra cosa crean los candorosos Jacobinos que aún pululan por ahí.

Este es un punto muy delicado, que no conviene dejar de tener en consideración. La Ley Natural será y es, sin duda, la misma para todos los hombres; pero también es verdad que no todos los hombres, considerados individualmente ni como colectividades distintas, se hallan en grado preciso de recibir, para la regulación de sus relaciones, unos mismos preceptos, pues a ello se oponen obstáculos no superados todavía: diferencias de religión, de costumbres, de razas, de medios físicos, de cultura, en fin, hacen que en cada lugar o para cada grupo humano sean inamoldables fórmulas de tipo general que, aunque más justas, sería, de seguro, inconveniente y hasta injusto imponer. No discuto que las exigencias materiales o las necesidades del espíritu originarán entre los diferentes pueblos la formación de corrientes migratorias y la aparición de cambios internacionales; fenómenos éstos que aumentan en intensidad sucesivamente, a medida que las comunicaciones se hacen más fáciles y van nivelándose la cultura y la civilización de los pueblos, tanto, que parece que la evolución de la Humanidad en el tiempo, que es lo que hace la Historia, tiene como objetivo final la síntesis por choque, adaptación o convicción en una unidad superior que funda a los humanos en un solo punto cultural y ético que, por desgracia, está muy lejos de obtenerse todavía. Mas, repito, aún hay que esperar. La Humanidad no se halla en período de senectud ni de decadencia. Tal vez, si vale la comparación, no ha pasado del período de la lactancia todavía. Como los niños, hace las cosas instintivamente. No se ha puesto a operar en regla, con arreglo a razón, hasta el momento presente.

Es cierto que éste de la unificación legislativa de nuestra Patria ha sido siempre un problema candente, apasionante y de importancia indudable; como que aun en el tiempo de la Reina Católica, en el que tanto se trabajó para la formación de la unidad española, no pudo hacerse efectiva en la esfera jurídica, que quedó si no como estaba durante la Reconquista, poco menos que en el mismo estado que entonces tenía, y aun los reyes de cesáreo poder que España tuvo, reconociendo la necesidad de la unificación legislativa de la Patria, ni la intentaron siquiera, a lo menos con el denuedo que hubiera sido necesario para conseguirla, limitándose a respetar la diferencia de legislaciones del modo más asequible en el período de sus reinados.

Puede ser que sea cierto eso de que la legislación positiva traduce

al exterior—como dice el Sr. Fuentes—la unidad de sentimientos, de creencias y de destino de un pueblo, esta unidad de los pueblos hispánicos que predicó el Fundador de la Falange, que ha de ser consagrada no solamente en el recinto de las conciencias y en el pensamiento unísono de los corazones, sino también en la vertebración jurídica del Estado, ya que el Derecho ha de traducir en normas positivas el común sentimiento que fluya hacia la unidad de lo más profundo del espíritu nacional; pero también lo es, aunque mi pensamiento parezca sospechoso de heterodoxia política, que para entender cómo España es una unidad de destino en lo universal, no hace falta una unificación legislativa civil, que no es obstáculo para la realización de tal destino universal y uno, pues forzando el pensamiento, cosa que no requiere la tesis, había que unificar las costumbres y el lenguaje y el vestido y la alimentación tal vez y pobres de nosotros si por azar no acertáramos con el patrón común que nos impusiéramos como imprescindible. No. Se puede lograr una unidad de destino en el sentido universal del mundo aunque unos hablen catalán, otros gallego y otros extremeño. Lo universal incluye precisamente la variedad, pues que sin ella no habría contraste, ni lucha, ni paz; que lo que es todo uno y lo mismo no está en paz ni en reposo siquiera; está muerto, que es distinto.

Conformes en que hay que lograr que España sea una en todos los órdenes de la vida, cueste lo que cueste y al precio que sea, y que bien merece cualquier esfuerzo y cualquiera medida, por dolorosa que sea ésta para quien la sufra; pero el problema estriba en saber si la unificación del Derecho Civil es premisa necesaria de esa unidad y si más bien no es cierto que la variedad de normas legales es tal vez más apropiada para lograrla, pues que la unificación pudiera disgregar lo que ahora, por fortuna, está junto. Ya se ha visto cómo el régimen jurídico foral aragonés o navarro, e incluso catalán, no ha sido óbice a la explosión de patriotismo que en esas regiones se ha provocado, si no es que ha contribuido a la unidad nacional por la sensación de bienestar que a los aragoneses, catalanes y navarros produce el que se les deje atemperar su vida jurídica privada a las normas que ellos tienen, si no por intangibles e inmodificables, si como más convenientes para solventar sus actuales necesidades. Aparte de que la unificación mata el contraste y extingue la vida, pues así como de la contradicción y de la herejía nace el dogma, y del mal, que no es más que el fondo oscuro en donde destaca el bien, nace la virtud, así del choque de las instituciones

contradictorias surgirá la síntesis justa de la formación jurídica exacta y valedera.

Además, hay que contar con lo que ahora se llama el factor psicológico. pues para que una Ley sea tal no basta que sea hecha, promulgada y sancionada, sino susceptible de ser cumplida y acatada, pues tenía razón el "Auctor purissimae impuritatis" cuando decía: "Suum cuique rem esse carissimam. Contemnii turpe est: legem donare superbum. Hoc amo quod possim qua libet ire via." Es verdad repito: cada cual aprecia en mucho lo que le pertenece y el dictar leyes es agradable, no el sufrirlas, y sólo un yugo nos agrada: el nuestro propio.

Sin embargo, demos por supuesto que es urgente y necesaria la unificación de nuestro Derecho Civil. Propongámonos la tarea de realizarla ¿Qué labor hay que superar y qué dificultades hay que vencer?

Primero. La revisión de nuestro Derecho Civil. Esta misión no se cumple si no es examinando la posibilidad de reforma de nuestro Derecho común y la de los forales subsistentes. Hay que comenzar por el Código, que aún no ha sido revisado ni modificado más que parcialmente y de forma insegura, y a veces negativa. Hay que depurar una por una sus instituciones. Tal vez haya que españolizar y adaptar a normas de justicia muchos de sus preceptos. ¿Qué razón hay para que subsista en el derecho de familia, por ejemplo, la institución tutelar con ese Consejo de familia enteco y defectuoso que lo hace inútil para el gran sector de la comunidad española que está constituido por los que no son ricos? "Quid faciant leges aut ubi paupertas vincere nulla potest." ¿Para qué las leyes si no puede gozarlas la pobreza? ¿Qué supone o para qué vale toda la organización de nuestro Derecho Inmobiliario, si luego de ser regulado meticulosamente se deja al arbitrio de los que lo han de usar su cumplimiento con esa fórmula insensata que dieron los legisladores cuando dijeron aquello de que *la institución se recomienda por sí misma*, desconociendo que la institución que se recomienda por sí misma queda incapacitada en su origen para ser útil, pues que *con uno solo* que la rehuya *legalmente*, a los demás les puede impedir aprovecharla? He ahí uno de los múltiples puntos de revisión que hay que afrontar con valentía. Si nuestro Derecho Inmobiliario es bueno, ¿por qué no imponer su aplicación? Y si se duda de su bondad o es malo, ¿por qué no derogarlo? Hay que contar con que por muy buena que sea una ley, si su aplicación se deja al arbitrio de los súbditos, es como si no se dictara. La vacuna antivariólica es buena. *se reco-*

mienda por sí misma, pero la dejadez humana, esa ley que todos cumplen con entusiasmo, y que rige en todos los países, la hacía inútil. Hubo que imponer la vacunación obligatoria, pues si no, estaríamos invadidos de variolosis.

Y así en todo. Tenemos un buen edificio de Derecho Inmobiliario, pero sentado sobre arena. Así se da el caso de ser más perfecto y eficaz para la garantía y el tráfico de la propiedad privada el Derecho de los comunistas rusos que el nuestro. Por eso, por ese defecto de estimación, se da el fenómeno curioso de la aparición del *cuarto hipotecario* que es ese señor que, amparado en el Registro, vive fuera de él con plena comodidad y, además, no consiente que los demás entren. Esto parece una paradoja. Es, por desgracia, una gran verdad, que yo explicaría si hubiera lugar para ello.

Segundo. La revisión del Derecho Foral. Ya es tarea ardua la que al legislador se le presenta como haya de llenar cumplidamente este cometido. Tiene que examinar una por una todas las instituciones forales para ver si de verdad son forales (suponiendo que ésta fuera una razón por la cual se hicieran respetables) porque hay muchas que carecen de tal título de legitimidad. Más de una docena de ellas apartaría yo sólo en una improvisación, revisando a la ligera el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral aragonés. Ad exemplum: en cuanto a la ausencia, sucesión y nombramiento de herederos, preterición, servidumbres y ¡hasta en la propia viudedad!

Una vez revisado el Derecho Foral, hay que enfrentarlo con el común, sistematizar las instituciones de ambos y, sin perder de vista la bondad intrínseca de sus normas respectivas y con el tacto que impone la política del Derecho, unificarlo todo.

Tercero. Hacer la misma revisión de nuestras leyes complementarias y adjetivas. De este problema no hay por qué escribir ni una línea más. ¿Quién ignora que nuestro procedimiento apenas ha salido de las oscuridades del medievo? Ni es claro, ni sencillo, ni barato, ni práctico.

En resumen: proceda el legislador a *unificar* nuestro Derecho Civil si así le acomoda, pero tal vez fuera mejor que procediera a *legislar* para todos los españoles; que si esta finalidad se cumpliera, haría que esta lucha que España, con tanta gloria y arrogancia, mantiene por su unidad, grandeza y libertad, quedara clavada perennemente en la Historia

JOSÉ GARCÍA REVILLO

Registrador de la Propiedad.

El problema del minifundio

Nada nuevo descubro si ratifico lo ya dicho, con más autoridad, por otros compañeros y comentaristas sobre un problema que tan de cerca nos toca como es el del fracaso del Registro de la Propiedad y la no consecución, o logro en escasa medida, de los fines tan nobles que con su implantación se pretendieron.

Tan reiteradamente expuestos y tan hartamente sabidos por mis lectores, no incurriré en la redundancia de intentar exponerlos; basta afirmar que aun hoy, después de poco menos de un siglo de funcionamiento, la propiedad sigue fuera del Registro, no acogida a sus beneficios y, lo que es peor, con una tan absoluta libertad de salida de la que un día motivó operaciones registrales definitivas, inscripciones, que verdaderamente se puede calificar de anárquica.

Y esto, que dicho con relación a todo el ámbito del territorio nacional no puede calificarse de excesivo, cobra caracteres terriblemente graves referido exclusivamente a la región gallega. La región gallega bien merece una atención especial en este aspecto: nada o casi nada se inscribe; es arrollador el triunfo del documento privado, y el Registro de la Propiedad está convertido en una casi oficina liquidadora. Por duro que parezca, afirmo con conocimiento de causa que es así, y conviene decirlo ahora precisamente que estamos en época de renovación.

Si regiones hay, como, por ejemplo, la levantina y catalana, donde el Registro, a pesar de todo, cumple su misión y la propiedad afluye a él, deseosa y convencida de sus innegables beneficios, hay que concluir, cuando se vuelven los ojos a la triste realidad gallega, que no es sólo la institución en sí la culpable, pues que en otros lugares triunfa, o al menos vive, si no con vida brillante, al menos decorosa, y por consiguiente, forzoso es buscar otras concausas que han debido

servir de esforzados paladines y buenos conductores de la corriente desinscribitoria hoy tan unánimemente aceptada. Y entre todas ellas quiero fijarme en una, a mi modo de ver, de las más importantes: la que intitula estas líneas, el minifundio.

Quien haya paseado sus ojos por esta bella Galicia, aunque sólo haya sido al correr de un exprés, habrá indudablemente observado la excesiva división de la propiedad. Infinidad de setos, la mayoría de las veces vivos, le habrán herido la retina. Quien con más calma haya contemplado el feraz campo gallego, habrá confirmado esta división, muy agradable a la vista por la policromía de colores que a las minúsculas divisiones le dan sus diferentes cultivos, pero terriblemente perniciosa desde el punto de vista que estamos ahora examinando.

Consérvanse en Galicia interesantes vestigios de la dominación romana; pero uno de los con más veneración guardados creo que es el de la concepción individualista e ilimitada del derecho de propiedad. Una finca, abstracción hecha de la función social de la propiedad, se divide y vuelve a dividirse en las sucesivas transmisiones hereditarias, importando poco que como fruto y resultado final vengan a resultar fincas que no rebasen los tres o cuatro copelos (1). Nadie se aviene a no tener su trozo de tierra, más o menos grande; pero nadie tampoco se para a pensar en los desequilibrios económicos que esa multiplicada pulverización de la propiedad lleva consigo.

Si bien es verdad que la propiedad es el complemento natural de la personalidad, no es menos cierto que el Estado ha de coordinar las utilidades y vigilar la producción; que la propiedad no es ya un derecho ilimitado y ha perdido su tinte individualista del Derecho romano, para ser condicionada por el cumplimiento de funciones sociales.

Este predominio del interés social sobre el particular motivó la serie de limitaciones al derecho de propiedad que hoy observamos en todos los Códigos civiles y dió lugar a la llamada teoría del abuso del Derecho, que considera ilícitos los actos que impliquen un ejercicio del derecho de propiedad anormal o contrario a los fines económicos o sociales del mismo.

Siempre preocupó el latifundio, cuyo origen lo encontramos en el *Ager Publicus* de la antigua Roma, de donde pasó a los demás pueblos, y bien pronto se tomaron medidas que frenaran el poder lati-

(1) El copelo es una medida local equivalente a veintiuna centiáreas

fundista. Ya Servio Tulio, según nos refiere Laveleye, concedió cierta cantidad de tierra a los plebeyos que ninguna poseían para que, dejando de cultivar la ajena, emplearan sus sudores en la propia. Y aun no siendo eficaz el remedio, pues que el carácter de transmisibles las hacía volver pronto a manos de los acaparadores de latifundios, se dictó la ley Licinia, que concedía aún mayor cantidad y con la prohibición de enajenar. Inglaterra, Austria, Alemania, Bélgica, Francia después de la Revolución, e Italia procuraron irse desembarazando, con más o menos éxito, de los latifundios. Nuestra Patria, de la que aún no se han desterrado del todo, tomó también sus medidas; ya antes de las leyes desamortizadoras, el Consejo de Castilla inició la colonización de los vastos latifundios. Todo ello demuestra lo anti-económico del latifundio, hasta el punto de hacer exclamar a Laveleye, refiriéndose al Imperio romano: "*latifundia perdidere Italiam*", y el economista alemán Bruno Hildebrand les achaca nada menos que la ruina del mundo antiguo.

Es natural que ninguna voz se alzase contra el minifundio, polo opuesto al que se trataba de combatir y cuyo carácter antieconómico no es menor. Pero yo no sé si al correr de los tiempos se ha caído o se está a punto de caer—en Galicia, desde luego que sí—en esta lacra del minifundismo; lo cierto es que comienza a preocupar.

Ya la Exposición de Motivos de la edición reformada del Código civil justifica el retracto, nuevo en nuestro Derecho, de colindantes o asurcanos, como una medida para "facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial allí donde este exceso ofrece obstáculos insuperables al desarrollo de la riqueza". Y el Código remacha más la idea, prefiriendo en caso de concurrencia de varios colindantes al que de ellos sea dueño de la tierra de menor cabida (art. 1.523, apartado 3.º).

La ley de Colonización del Reich alemán de 11 de agosto de 1919, que deja la provisión de tierras a colonizar en manos de las "empresas de colonización de utilidad pública", tiende al establecimiento de nuevas colonias y a *engrandecer las pequeñas ya existentes* hasta un tamaño que permita la subsistencia independiente en el cultivo del campo. Estas sociedades de colonización tenían como una de sus finalidades *eliminar la actividad de los desmembradores de fincas*.

Más recientemente—creo que el año 39 ó 40—, la Asociación Provincial de Ganaderos de Santander también se preocupó de este

problema del minifundismo, proponiendo incluso algunas medidas tales como la de la expropiación, en ciertas circunstancias, para atacarlo.

Roca Sastre afirma que se vuelve a mirar con cariño la vinculación y se trata de colocar patrimonios enteros bajo un régimen de *res extra-commercium*, sometida su transmisión hereditaria a normas predeterminadas y declarándoles intransmisibles por actos *inter vivos*.

Todo ello demuestra que si antes se trataba de disgregar, trátase ahora de unir en cantidad razonable, pues no es de esperar ni de desear, después de la experiencia, que se vuelva a las antiguas aglomeraciones, en cantidad, digo, que sirva para el desarrollo económico de una familia, frenando la excesiva división que, por egoísmos, actitudes sentimentales mal interpretadas, etc., pueden llevar a una perniciosa división económica del suelo.

Y últimamente, nuestro invicto Caudillo y egregio estadista Francisco Franco, en su discurso de 1.º de octubre del pasado año, señaló también el del minifundio como uno de los problemas a solucionar en nuestro suelo.

Pues bien; la relación de todo lo dicho hasta aquí con el Registro de la Propiedad es bien notoria. El minifundio no sólo es en sí perturbador, sino preciosa concausa de la actual decadencia de la institución registral en la región gallega. Mientras se permita la creación y pervivencia de fincas tan pequeñas, ni sirven al crédito territorial, ni nadie acude a documento público en las transmisiones, ni nadie se preocupa de llevar sus propiedades al Registro. Y esto hay que evitarlo, y nunca mejor que ahora que, afortunadamente, disponemos de organismos tan competentes como sobrados de buena fe para laborar con entusiasmo en todo lo que redunde en provecho y beneficio de la Patria, ni tan oportunamente como en esta ocasión, en que entre los muchos problemas que plantea la guerra y que la postguerra ha de multiplicar, destaca el de la producción ordenada como de primerísima categoría.

GERMÁN DELGADO JARILLO

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1943.—*Inhibitoria.*

Si, bien el artículo 76 de la ley de Enjuiciamiento civil preceptúa que no podrán promoverse ni proponerse cuestiones de competencia en los asuntos judiciales terminados por auto o sentencia firme, es de tener muy en cuenta que la apreciación de esta norma presupone inexcusablemente que hayan sido previa y rigurosamente observados los trámites que la Ley señala para que el acuerdo judicial de que se trate pueda ser considerado firme y productor, por tanto, de la cosa juzgada formal, lo cual no ocurre cuando, por no haber sido notificada en forma legal la resolución a los interesados, no puede estimarse producida la preclusión de las impugnaciones que cupiera utilizar contra ella; y como en el presente caso se infiere de testimonio expedido por el Juez requerido que el demandado se hallaba en situación de rebelde, y que la sentencia no le fué notificada personalmente ni tampoco por edictos en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 en relación con el 769 y siguientes de la referida ley procesal, es incuestionable que no cabe estimar cumplidos los requisitos que son imprescindibles para la firmeza de la resolución y, por tanto, no es posible rechazar y dejar de decidir por motivos de situación procesal del litigio la cuestión de competencia promovida en estos autos incidentales.

En la demanda que ha dado origen a los mismos se ejercita una acción personal en reclamación de una cantidad que se dice debida por el demandado en concepto de rentas de un local que había tenido alquilado el actor para almacén de mercancías, y aunque es cierto que el artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 establece una competencia precisa para el conocimiento de todas las cuestiones que se promuevan en torno a la aplicación de dicho Decreto, no lo es menos que esta norma legal, como de excepción dentro de la organización común de la jurisdicción ordinaria, y según declaró ya esta Sala en Sentencia de 3 de julio de 1941, no es susceptible de una interpretación extensiva que permita incluir dentro de su ámbito limi-

tado aquellos casos, como el presente, en los que se trata del ejercicio de acciones no ligadas específicamente a la legislación especial de alquileres; por lo cual, al no quedar cerrado el paso a la disposición general de la Ley de 21 de mayo de 1936, y no existiendo en modo alguno sumisión expresa al Juzgado requerido, es obligado decidir la contienda con arreglo al artículo único de dicha ley en favor del Juzgado Municipal requirente, que es el del domicilio del demandado.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1943.—*Arbitraje pericial.*

La insuficiente y poca precisa regulación por el Código de Comercio del procedimiento a seguir desde que el evento asegurado se ha convertido en realidad hasta dejar definido su origen causal y la cuantía del daño indemnizable por el asegurador, acaso justifica las vacilaciones y dudas suscitadas acerca de la inteligencia y de los efectos jurídicamente asignables a los artículos 406 y 407 del mencionado Código y que han dado lugar a pareceres doctrinales que oscilan entre el de entender que el dictamen pericial dispuesto por aquellos artículos no es sino simple prueba sumisa en el pleito que por los contratantes se siga a la discrecional apreciación que para la de su clase está atribuida al juzgador de instancia en el artículo 632 de la ley de Enjuiciamiento civil, y el igualmente extremado que les concede fuerza obligatoria equivalente a la de una decisión arbitral; mas si se tiene en cuenta que en la Exposición de Motivos del Código de Comercio, después de señalar la conveniencia de que quedaran determinados con claridad los trámites necesarios para la fijación y forma de satisfacer rápidamente al asegurado el importe de la indemnización, se expresa que a este efecto consignaba el entonces proyecto un procedimiento especial muy sumario, con objeto de fijar las causas del incendio, la cuantía de los efectos asegurados y el importe de la indemnización, bien se ha de advertir la relación y consecuencia que con este propósito legislativo guardan las positivas normas que al mismo responden en los artículos 406 y 407 del propio Código, y que harto puesto en razón está el entender que las indicadas clases expositivas y la significativa exposición de las de "se fijaría por peritos" y "los peritos decidirán" empleadas en los artículos precitados, con referencia a la valoración de los daños causados por el incendio y a las causas del mismo, sugieren la idea de que por la virtualidad de ellas se confiere

a los peritos la formación de un juicio de hecho sobre los expresados extremos, y excluyen toda posibilidad de que su dictamen se estime como medio meramente instructor e informativo.

Si, según se acaba de expresar, la decisión de los peritos sobre los puntos de hecho que, conforme a los citados artículos, se sometan a su juicio no es una simple prueba, y si tampoco llega a tener la calidad de una resolución arbitral, porque impide que se la reconozca el valor jurídico propio de ésta, lo prevenido por el artículo 409 del Código de Comercio, al condicionar con la prestación del consentimiento del asegurador su obligación de satisfacer en los diez días siguientes a la decisión pericial el importe de los daños indemnizables, forzoso es asignarla al carácter intermedio, que le tiene ya reconocido la jurisprudencia de esta Sala al definirla en sus Sentencias de 19 de mayo de 1896, 8 de enero de 1897 y 2 de marzo de 1915, como "un arbitraje especial". de donde se sigue que lo dictaminado por los peritos no puede ser apreciado libremente, sino que constituye una decisión a la que, como está declarado en la Sentencia de 5 de diciembre de 1896, "todos deben atenerse"; y no quiere esto decir que el dictamen pericial no sea impugnabile en absoluto en juicio, sino únicamente que, siendo más que prueba, no puede quedar enervado, al menos que se combata la decisión de los peritos demostrando su nulidad por haber dictaminado sobre extremos no sometidos a su juicio o concurrido en ella error, dolo o negligencia grave, posibilidad que tiene admitida esta Sala en Sentencia de 27 de mayo de 1896 y de 21 de abril de 1932.

SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1943. — *Acción hipotecaria; ley de Desbloqueo.*

En el préstamo con hipoteca el crédito va tan inseparablemente adherido a la finca dada en garantía que, según expresiva frase de la luminosa Exposición de Motivos de la ley Hipotecaria, bien puede decirse que el que presta "más bien que a la persona presta a la cosa"; de ahí que el crédito tenga naturaleza real y pueda hacerse efectivo *erga omnes* contra quien posea la finca gravada, ya permanezca en el patrimonio del prestatario, ya haya pasado a manos de un tercer poseedor, con la salvedad en este último supuesto de las limitaciones que en cuanto a accesiones, mejoras e intereses establece la Ley en materia

de extensión de hipoteca, y a salvo también la necesidad del requerimiento de pago al deudor y al tercer poseedor en el caso de que éste haya adquirido la finca e inscrito su derecho al tratar el acreedor de cobrar por vía ejecutiva el crédito garantizado.

No obstante, la empeñada discusión que acerca de la naturaleza de la hipoteca se mantiene en el terreno doctrinal por los que propugnan la teoría llamada de la *prestación* frente a los que defienden la de la *acción directa*, las premisas expuestas en el anterior considerando, acogidas en los artículos 1.876 y 1.879 del Código civil, en relación con los artículos 105, 112, 114, 126, 127, 129 y 131 de la ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, llevan a la conclusión en el terreno práctico de que el tercer poseedor, titular de la propiedad gravada, está, frente al acreedor, en situación análoga a la de un deudor subrogado en la posición hipotecaria del prestamista respecto del pago del crédito y de los intereses asegurados, por virtud de la adquisición de la finca gravada y como consecuencia del principio de inseparabilidad del crédito y de la hipoteca, según, además, puede colegirse del artículo 134 de la ley Hipotecaria, siquiera sus términos literales aludan solamente a la subrogación procesal.

Por dicha razón carecen de fundamento los motivos 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del recurso, y en los que, partiendo de que en la escritura de compra de la finca gravada y en la de cancelación del crédito hipotecario se expresó que el comprador "retenía" parte del precio de la finca para pagar la deuda hipotecaria "por delegación de la vendedora", se alega que el comprador, al extinguir el crédito, satisfizo una deuda de la vendedora, su mandante, con dinero de ésta por él retenido, y no le afecta la acción revisoria del pago, cuando lo cierto es que precisamente la circunstancia de haber retenido la cantidad necesaria para hacer frente a la hipoteca demuestra que tácitamente asumió la obligación de satisfacer la deuda y, consiguientemente, al pagarla actuó por cuenta propia y pagó con su propio dinero, puesto que en momento alguno salió de su patrimonio para entrar en el de la vendedora, sin que, por lo tanto, pueda eludir en este respecto los efectos de la revisión del pago amparándose en el artículo 40 de la ley sobre Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939 y en los demás preceptos legales que se citan en los expresados motivos.

Tampoco ampara al recurrente el artículo 41, apartado d), de la ley sobre Desbloqueo, conjugado en los motivos 1.º y 2.º del recurso

con los artículos 23, 25 y 27 de la ley Hipotecaria, porque el tercero no afectado por la revisión de pagos, aludido en dicho apartado, es quien inscribe su derecho una vez cancelada la carga o deuda revisable sin haber intervenido en la cancelación, que constituye el hecho básico de la acción revisoria, y este carácter de tercero no se da en el recurrente, puesto que adquirió la finca estando gravada y él mismo canceló después la deuda que, por razón del pago, es objeto de revisión.

SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1943. — *Retracto de colindantes.*

Sobre las *bases de efecto*, indiscutidas en este pleito, de que los 26 demandados adquirieron por compra una finca rústica de 65 áreas, lindante con otra de los demandantes-retrayentes y con otra de uno de los demandados—D. Pedro Gutiérrez—de mayor extensión que la de los retrayentes, el Juzgado, primero, y la Audiencia, después, estimaron procedente la acción de retracto de la finca comprada por los demandados; y frente a la posición de la Sala sentenciadora se sitúan los demandados recurrentes manteniendo la tesis jurídica de la improcedencia del retracto, porque uno de los compradores—D. Pedro Gutiérrez—tiene también derecho de colindante, y los condóminos pueden ampararse en el expresado derecho de uno de ellos para enervar la acción de retracto, ya que éste no se da contra el adquirente que tiene también interés de colindancia, interés que trasciende del de D. Pedro a todos los copartícipes, puesto que cada uno de ellos, frente a extraños, es dueño de toda la cosa común y le corresponden los derechos derivados de la propiedad, según Sentencias de 28 de abril de 1923 y 28 de diciembre de 1928, interpretando los artículos 392, 348 y 1.523 del Código civil, que se citan como infringidos en los dos motivos del recurso.

Se aprecia a primera vista que todo el recurso se apoya en la identificación de dos personalidades jurídicas realmente distintas e inconfundibles, que concurren en D. Pedro Gutiérrez—condómino de la finca comprada y a la vez dueño exclusivo de una de las colindantes—, y si ciertamente la jurisprudencia ha elaborado la doctrina de que todo copartícipe puede actuar en beneficio de la masa común, naturalmente se ha de entender esa actuación a base de derechos que le asistan como tal dueño, pero no ejercitando derechos, como el

derivado de la colindancia, que le pertenecen por título privativo y extraño al de condominio, no incorporados al patrimonio común, pues otra cosa provocaría una de las manifestaciones del fraude de ley, utilizable con tantos otros medios ideados para burlar la acción de retracto, ya que el D. Pedro Gutiérrez, que por su privativo derecho de propietario colindante no puede impedir el retracto por ser su finca de mayor cabida que la de los colindantes retrayentes—artículo 1.523 del Código civil—, podría, en cambio, impedirlo como elemento subjetivo de un condominio que está al margen de todo derecho de colindancia.

El conflicto que supone la coexistencia en el condominio de dos principios que se presentan auténticos—el de la *unidad* del derecho de propiedad y de la *pluralidad* de sus titulares—, quedó superado, o más bien soslayado, a partir ya del Derecho romano, mediante el concepto de cuotas o partes abstractas de aquel Derecho, atribuyendo a cada condómino una fracción aritmética de la cosa común que se incorpora a su patrimonio como entidad autónoma mientras dura la indivisión, concretándose e individualizándose en una porción material de la cosa al ser ésta dividida.

Asimismo entendido el condominio, resulta que todos los coparticipes tienen un derecho cuantitativamente igual, que se traduce en una participación abstracta de dominio sobre toda la finca adquirida, pero ninguno de ellos, en concepto de copropietario, puede impedir el retracto invocando título de colindancia con la misma finca comprada, porque este título sólo se da por concepto distinto en uno de los adquirentes de la cosa común, faltando así la nota de partícipes de un derecho igual de colindantes, precisamente porque este derecho no ha ingresado en el patrimonio de los condóminos.

SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1943.—*Valor jurídico de las abstenciones.*

El delicado y tan discutido problema del valor jurídico de las abstenciones ha de ser enjuiciado con gran cautela, ya que, en principio, el silencio, por su propia naturaleza de hecho negativo, no puede ser estimado como expresivo de una voluntad; y si bien la doctrina científica moderna suele admitir que, en algunos casos, el silencio es susceptible de ser interpretado como asentimiento y, por

ende, manifestación del querer, partiendo para ello de la sencilla idea de que el silencio puede servir de prueba o presunción de voluntad, o bien fundando aquella conclusión en la tesis de que puede ser el silencio fuente de responsabilidad sustitutiva de la voluntad, toda vez que las necesidades prácticas consagradas por el uso imponen evitar una respuesta a ciertas personas (sobre todo si se tienen con ellas relaciones seguidas de negocios), y si no se hace así, el silencio prolongado equivale a una falta que puede estimarse ha de ser reparada tratando el que calló como si hubiese aceptado, es forzoso, de todos modos, tener en cuenta: 1.º Que todavía no ha llegado la doctrina a establecer en esta materia fórmulas de general aceptación suficientemente seguras y precisas que tengan, además, el debido acoplamiento a nuestro ordenamiento positivo; y 2.º Que si se acepta, por la gran difusión que ha tenido y todavía conserva, el antiguo punto de vista de que el silencio vale como declaración cuando dada una determinada relación entre dos personas el modo corriente de proceder implica el deber de hablar, ya que si el que puede y debe hablar no lo hace se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe. Será necesaria para la estimación del silencio como expresión del consentimiento de estas dos condiciones: una, que el que calla *pueda contradecir*, lo cual presupone, ante todo, que haya tenido conocimiento de los hechos que motiven la posibilidad de la protesta (elemento *subjetivo*); y otra, que el que calle *tuviera obligación de contestar*, o cuando menos, fuere natural y normal que manifestase su disenso, si no quería aprobar los hechos o propuestas de la otra parte (elemento *objetivo*).

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1943. — *Testigos tachables: alimentos.*

La facultad de los litigantes de tachar a los testigos en quienes concurra alguna de las causas que enumera el artículo 660 de la ley de Enjuiciamiento civil es medio preventivo para garantía de la valoración de la prueba testifical que no excluye la de apreciar la veracidad y fuerza probatoria de todas las declaraciones que asiste a los Tribunales de instancia, conforme a los artículos 1.248 del Código civil y 659 de la ley Procesal, sin que el juicio que con uso de ella formen discrecionalmente sea impugnabile en casación de modo distinto del que autoriza el número 7.º del artículo 1.692 de aquella ley; porque

las tachas que no incapacitan al testigo para serlo no son más que motivos de recelo o sospecha que, si hacen que se preste atención, al valorar la prueba, al influjo que las circunstancias que los determinan han podido ejercer en la fidelidad del testimonio, no impiden que éste sea tenido en cuenta y creído por el sentenciador, si adquiere el racional convencimiento de que el testigo tachado se ha producido verazmente en su declaración.

El deber moral y obligación positiva de los padres de dar alimentos a sus hijos en cuantía que, según el artículo 146 del Código civil, ha de ser proporcionada al caudal o medios del obligado a darlos y a las necesidades de quien los ha de recibir, requiere como fundamental razón de ser exigible en los concretos casos en que se invoque la certeza del hecho de hallarse el que reclame los alimentos necesitado de ellos para subsistir, por lo que una jurisprudencia reiterada ha declarado que no puede exigirlos quien tiene bienes propios o puede dedicarse a trabajos productivos suficientes para atender a su subsistencia conforme a las circunstancias económicas y sociales de la familia; y no sólo supedita la Ley y la doctrina el nacimiento de la expresada obligación al esencial requisito que antes se dice, sino que, además, privan del derecho a pedir alimentos al que por causas al mismo imputables consideran indigno, para aquel efecto, de que le sean prestados, como sucede conforme a lo prevenido por el artículo 152, en sus números 4.º y 5.º, cuando el alimentista hubiere cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación o su necesidad provenga de mala conducta o falta de aplicación al trabajo.

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1943. — *La reserva del 811 constituye una acción real, cuya prescripción corre a partir de la muerte del reservista.*

Si bien el recurrente, desentendiéndose de la doctrina de esta Sala sobre la naturaleza de la acción de reserva, que se inicia en 11 de mayo de 1898, se ratifica en 21 de noviembre de 1902 y, en cierto modo, se reitera en las más recientes de 8 de julio de 1942 y 10 de junio de 1943, sostiene en dicho motivo, contra el parecer del Tribunal de instancia, que tal acción tiene condición personal y le es, por tanto, aplicable el plazo de prescripción que para las de su clase establece el artículo 1.964 del Código civil, su tesis, abstracción hecha

en ese punto fundamental, parte, como es lógico, de la consideración del momento en que esa acción pudo ejercitarse por el natural imperio de lo dispuesto en el artículo 1.969 del indicado cuerpo legal; pero al razonar esta tesis, en sentido adverso a la que mantiene la sentencia recurrida, olvida, sin duda, que ese momento inicial no puede contarse sino a partir del fallecimiento de D. Julián Utrilla, que hubo los bienes por fallecimiento de su hijo D. Manuel Utrilla, que a su vez los había adquirido de su madre, D.^a Rosario Fernández, por la elemental razón de que el hecho legitimador de la acción que en esta litis se ejercita y el único que por razón de un interés actual le hace procesalmente viable, es el óbito del ascendiente fallecido después de haber contraído nuevas nupcias en las que tuvo sucesión, porque es entonces cuando precisa evitar, con o sin medidas previas de carácter *precautorio*, distintas del ejercicio de una acción de condena, que los hijos nacidos de ese segundo matrimonio pueden lucrarse en perjuicio de verdaderos reservatarios en unos bienes que en su más inmediato origen y según quiere la Ley no provienen de ninguno de sus progenitores: lo que lleva legítimamente a la conclusión de que, fuese real o personal, la acción ejercitada no pudo prescribir, puesto que sólo pudo ejercitarse a partir de 29 de noviembre de 1930, fecha del fallecimiento de D. Julián Utrilla, y la demanda se interpuso el 22 de mayo de 1936.

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1943.—*Acumulación y competencia.*

La acumulación de autos, regulada por la sección 2.^a, título IV, del libro I de la ley de Enjuiciamiento civil, produce como uno de sus más destacados efectos la modificación de las reglas que con respecto a la competencia territorial se establece en la sección 2.^a, título II, libro I, de la propia ley, toda vez que, como los juicios acumulados han de ser decididos por un único órgano jurisdiccional, según claramente se desprende del artículo 186 del mismo ordenamiento, es forzoso estimar que resultan inaplicables, en esta situación procesal, los criterios legales que normalmente y sin esa acumulación podrían atribuir la competencia a distintos Jueces o Tribunales, y se ha de regir ésta por un criterio especial y unitario, que es el que señala el artículo 171, párrafo 2.º, de la tan repetida ley, al prescribir que el

conocimiento de los pleitos acumulados corresponderá "al Juez o Tribunal en que radique el pleito más antiguo, al que se acumularán los más modernos", sin más excepción que la que marca el párrafo 2.º de ese mismo artículo para el caso de los juicios universales.

SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1943 — *Beneficio de pobreza; carga de prueba.*

El primer motivo del recurso, denuncia infracción por la sentencia recurrida del artículo 659 del Código civil en relación con el 20 de la ley Procesal, de los cuales el primero establece que la herencia comprende todos los bienes y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, y el segundo, que el beneficio de la defensa por pobre sólo se concederá para litigar derechos propios, pretendiendo la parte recurrente que, por haberse extinguido la acción por fallecimiento del actor, el Juzgado debió abstenerse de todo pronunciamiento; pero es indudable que, verificadas ya, cuando ocurrió dicho fallecimiento, todas las actuaciones de las partes en esclarecimiento y defensa de su derecho, se imponía resolver la cuestión planteada, no al efecto de que el demandante, en el caso de sentencia favorable, pudiera utilizar posteriormente el beneficio de pobreza legal, cosa que, naturalmente, se había hecho ya imposible, sino para determinar si tal beneficio se había solicitado con derecho y, en consecuencia, si tal utilización provisional y anticipada que autoriza el artículo 27 de la ley Procesal, "sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva", debía producir obligaciones o responsabilidad económicas que no son personalísimas, sino transmisibles a los herederos por virtud del propio artículo 759 que el recurrente incoa.

El tercero y último motivo del recurso se apoya en el artículo 1.214 del Código civil y jurisprudencia que se considera pertinente, pretendiéndose que al alegar el demandante en su demanda que su esposa no tenía ninguna clase de bienes sentó una tesis negativa y, por tanto, no susceptible de prueba, y que a la parte contraria incumbía demostrar que los tenía; pero, en primer lugar, es inexacto que en la demanda se haya alegado por el actor la pobreza de su esposa, y en segundo lugar, no es admisible como norma absoluta el principio, ya desechado por la ciencia jurídica, de que los hechos negativos no pueden ser probados, pues pueden serlo por hechos o circunstancias positivas,

ni tal supuesto principio puede apoyarse en el citado artículo 1.214, que más bien sustenta lo contrario; siendo más conforme al texto de ese artículo y a la doctrina de esta Sala, en Sentencia de 13 de junio de 1935, afirmar que, en general, incumbe al actor la prueba de los hechos en que funda su demanda y que son normalmente constitutivos del derecho que reclama, lo que sobre todo tiene lugar cuando se solicita el beneficio de pobreza, sin perjuicio de que el demandado pueda excepcionar, basándose en otros hechos cuya prueba a él habrá de corresponder.

SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1943.—*Ley de Desbloqueo.*

La nombrada ley de Desbloqueo, en su artículo 38, establece que únicamente serán revisables los pagos hechos en dinero bajo dominio marxista desde 1 de enero de 1937, con el fin de extinguir, amortizar o redimir el principal de cualquiera de los conceptos que menciona, entre ellos, en el apartado A), préstamos consumados antes del 19 de julio de 1936, con pacto de duración superior a cinco años; y según esto, la *fecha* de los pagos, la de consumación del préstamo —en el sentido de esta ley, la correspondiente a la entrega al prestatario del capital prestado— y el plazo de duración del contrato considerado en la mitad del vínculo, son los factores que en principio determinan los pagos que pueden ser objeto de revisión, y como esta unidad objetiva del contrato es compatible en las obligaciones divisibles, como son las dinerarias, con la fijación de distintos plazos para el pago, a los cuales han de corresponder otras tantas fechas de vencimiento, y la misma ley, en su artículo 40, faculta al deudor para enervar la acción de desbloqueo dimanante de contratos en que concurren las circunstancias del artículo 38, exigiendo como primer requisito que se trate de pago vencido durante el dominio marxista, sin distinguir entre pago total y parcial, es claro y evidente que el dicho artículo 40 se refiere en este particular a todo contrato que venza durante el expresado dominio.

El Tribunal de instancia no desconoce que el contrato en litigio sea de los revisables según el artículo 38 de la ley, pues decreta la revisión del pago correspondiente al segundo plazo del préstamo, y si no accede a tener por enervada la acción en cuanto al primero es porque entiende, acertadamente, que se trata de una obligación divi-

sible con dos plazos, y que este primero no venció durante el dominio marxista.

SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1943.—*Pago por cesión de bienes y dación en pago; Ley de 27-VIII-1938.*

I. Es de observar que la adjudicación para pago, o acaso más exactamente, el pago por cesión de bienes, implica abandono de los mismos por el deudor, en provecho de sus acreedores, para que éstos apliquen su importe a la satisfacción de sus créditos, al paso que la adjudicación o dación en pago, que es una forma de realizarlo, según la dirección tradicional, o una novación por cambio de objeto, como quiere algún sector de la doctrina extraña, se configura en la nuestra como un contrato de compraventa, en que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio, tal como puede inferirse del sentido del artículo 1.521 del Código civil y de las declaraciones hechas por la Sentencia de 9 de enero de 1915; deduciéndose de ello que así como el pago por cesión sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, salvo pacto en contrario (artículo 1.175), y sin desnaturalizar su propia esencia no cabe sostener que por su medio se opera una transmisión del dominio, puesto que, como dice la Sentencia de 11 de mayo de 1912, lo que en tal caso se transmite es la posesión, a la que va aneja un mandato para proceder a la venta de los bienes que se entregan, en la adjudicación o dación en pago, por contraste con la figura que acaba de delinearse, la propiedad de los bienes entregados se transmite al adjudicatario y, como consecuencia de la novación objetiva de la obligación originaria, se extingue ésta y quedan íntegramente satisfechos el acreedor o acreedores.

II. Con arreglo al texto del artículo 1.º de la Ley de 27 de agosto de 1938, a la que, por ser básica en materia de moratorias, hay que referir cuantas disposiciones se han dictado con posterioridad en relación con ellas, no puede sostenerse que se refiera exclusivamente a obligaciones dinerarias en su más estricto sentido, y no contempla aquellas en que la entrega de bienes de otra índole vaya encaminada a obtener, mediante su obligada y determinada transformación, una suma en metálico; porque aparte de que para que se cumplan los fines a que esa disposición está llamada, en bien de la

privada y pública economía, tanto da que sea precisa o no una transformación, si el designio último que se persigue es la obtención de metálico, entregado directamente o logrado mediante un proceso público de ejecución, o, como en el caso de autos, por obra de los cuidados y gestiones de un organismo liquidador privado, los textos legales no autorizan la dualidad de criterios para juzgar de casos que, en el fondo, son análogos y aconseja, como rectamente entendió la Sala, que las situaciones semejantes y parejas se someten al mismo trato; lo que por obvias razones no ocurriría si, contra lo ya declarado, se hubiese aceptado la tesis de la adjudicación en pago, porque entonces la transformación por novación objetiva de una obligación genérica de pago en otra de transmisión de la propiedad de una cosa específica impediría la aplicación de los preceptos invocados, que sólo entonces podrían decirse infringidos y que, a ser su contrario, hay ahora que estimar acertadamente aplicados.

SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1943. — *Derecho transitorio; prescripción extintiva de la acción impugnativa del reconocimiento de un hijo como natural; prescripción adquisitiva de un patrimonio relicto.*

I. Admitida por la Sala sentenciadora la tesis del recurrente en lo que se refiere a la aplicabilidad de la Ley de XI de Toro en cuanto a la condición de los hijos nacidos bajo el régimen anterior al Código civil, es forzoso darla por establecida, pero sin olvidar, por lo que atañe a la subsistencia de los derechos nacidos bajo tal régimen, el contenido de la disposición transitoria 4.ª del propio Código, que ordena que tales derechos habrán de sujetarse, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos, para hacerlos valer, a lo dispuesto en el mismo, y no cabe dudar que a la duración de tales derechos afectan las disposiciones citadas para la prescripción en el repetido cuerpo legal, siendo, por tanto, aplicable el artículo 1.932, que dispone, sin excepción, que los derechos y acciones se extinguen por la prescripción contra toda clase de personas, incluso las jurídicas, en los términos prevenidos en la Ley, así como el 1.939, según el cual si desde el comienzo de la observancia del Código transcurriese todo el tiempo en él requerido para la prescripción, surtirá su efecto aunque por las leyes anteriores se requiere mayor espacio de tiempo.

II. Según el artículo 1.691 del mismo Código, las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado en la Ley, sin que ninguna otra condición se exija por dicho artículo, y en este caso se trata de una acción personal, y han transcurrido desde que pudo ejercitarse los quince años que para la prescripción de tales acciones señala el artículo 1.964 para cuando, como en este caso sucede, no tiene término especial de prescripción, por lo que no puede dudarse que la acción está prescrita.

No es admisible la equiparación que en el recurso se hace, a los efectos de la prescriptibilidad de las acciones, entre aquella por la que el interesado reclama su propio reconocimiento como hijo y aquella por la que otra persona, alegando derechos perjudicados, impugna el reconocimiento ya hecho, pues en la primera se ejercita un derecho que puede considerarse inherente a la personalidad del hijo y la segunda ataca una situación posesoria de un estado legal reconocido por ambas partes primariamente interesadas, y por tanto, cualquiera que sea la solución que se adopte en el primer caso, no puede extenderse al segundo, esencialmente diferente, y así la Sentencia de esta Sala de 18 de enero de 1929 declara que la acción impugnativa del reconocimiento de un hijo personal es personal, por lo cual dura quince años, según el artículo 1.964 del Código civil, toda vez que el artículo 138 no señala plazo especial, fundándose esta resolución en que la estabilidad de la familia no puede quedar a merced de impugnaciones tardías hechas por otros parientes, contrariando actos de su causante que están obligados a respetar, y la de 29 de diciembre de 1927 expresa que el derecho consagrado en la Ley XI de Toro es sustantivo en lo que afecta a la subsistencia de la acción que puede ser ejercitada en cualquier tiempo, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción de las acciones personales.

III. Aparte de la prescripción extintiva de la acción para impugnar el referido reconocimiento, se han dado en éste todos los requisitos exigibles según el artículo 1.957 del Código civil para la prescripción adquisitiva por D. Antonio Salvá del dominio de los bienes relictos por D.^a Catalina Salvá, o sea la posesión durante diez años entre presentes con buena fe, que según el artículo 434 se presume siempre, y justo título, sin que pueda alegarse, como parece ser la tesis del recurrente, la ineficacia del título para dar lugar a la prescripción, pues constituido éste por el testamento de D.^a Catalina

Salvá y la escritura de aceptación de herencia de D. Antonio Salvá, es de suyo válido y legal, y aun en el caso de que adoleciera de algún defecto por no poder disponer la testadora de los bienes que poseía, no puede desconocerse que para subsanar esta clase de defectos, evitando que los derechos permanezcan inseguros o discutibles por tiempo indefinido, es precisamente para lo que las leyes han establecido la prescripción, que, de no entenderse así, sería completamente inútil.

SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1943.—*Efectos de la sentencia penal sobre el proceso civil; artículo 160 del Código civil y concordantes.*

Interesa destacar los siguientes hechos:

Primero. En octubre de 1920 se concertó entre la Sociedad "Frattelli Valšingiacomo Fu Victore", por mediación de su sucursal establecida en Valencia, y la Casa "Víctor Máñez Fils", con domicilio en Cette (Francia), la venta de una partida de 500 bocoyes de vino blanco, que fué enviada a la consignación de dicha Casa compradora, la cual dispuso de la mercancía, sin haber llegado a liquidar más que una pequeña parte de su deuda con la Sociedad vendedora.

Segundo. El demandado y hoy recurrente, D. Amadeo Máñez Lafuente, era comerciante y consocio o condueño de su hermano don Víctor, con quien explotaba el negocio comercial establecido en Cette.

Tercero. La obligación cuyo pago reclama la Sociedad actora recae solidariamente sobre D. Víctor y D. Amadeo Máñez Lafuente.

Cuarto. Si bien D. Amadeo tenía únicamente veintidós años de edad cuando se celebró el contrato que ha dado lugar a este litigio, se encontraba dicho menor en la situación excepcional que previene el caso último del artículo 160 del Código civil, por razón de vivir en país extranjero con independencia de la madre, que tenía sobre él la patria potestad y gozando de bienes propios.

El primer motivo del recurso de casación sostiene la tesis de que la Sala Civil debió considerarse vinculada por el anterior fallo que dictó la Audiencia Provincial de Valencia, en el que se absolvió libremente a los hermanos Máñez Lafuente y se declaró que Víctor Máñez continuó el negocio de su padre por cuenta propia, "teniendo en su casa como empleado, con poderes, a su hermano Amadeo", y, por consiguiente, al resolver dicha Sala el pleito civil en pugna abierta

y violenta con ese hecho, estimado probado por la jurisdicción criminal, ha incidido en error de hecho, demostrado por la propia sentencia de la Audiencia Provincial, y ha infringido la jurisprudencia que afirma la santidad de cosa juzgada de las sentencias de la jurisdicción punitiva. Pero es notorio que los fallos que el recurso cita como expresivos de esa supuesta jurisprudencia se limitan a negar la procedencia de la acción por responsabilidad civil nacida de un hecho punible, cuando la Sala Civil se ajusta a la estimación de los hechos, motivadora de la absolución recaída en el juicio criminal, para afirmar que no hay hecho alguno del que se derive acción civil (Sentencia de 12-VI-1900), o cuando dicha acción civil fué ya ejercitada en la causa criminal por el Ministerio público con conocimiento del perjudicado y sin reserva alguna por parte de éste (Sentencia de 17-III-1924), ya que la doctrina reiterada y constante de este Tribunal Supremo, al enjuiciar, en términos de mayor generalidad, el problema de las relaciones de la manifestación jurisdiccional civil con la penal, ha dado franca acogida al principio de la compatibilidad de las acciones penales y civiles, estableciendo que por ser totalmente independientes y susceptibles de ejercicio separado dichas acciones, salvo casos excepcionales como los del artículo 116 de la ley de Enjuiciamiento criminal, no tienen las sentencias recaídas en un procedimiento criminal eficacia suficiente para ser consideradas como documentos auténticos a los efectos de la casación civil y contrarrestar la estimación que haga, en virtud del conjunto de la prueba, el Tribunal de esta última jurisdicción, valorando los hechos del litigio en el orden estrictamente civil (Sentencias de 4-II y 26-III-1943, que ratifican el criterio de muchas anteriores), ni cabe estimar, por razones idénticas y salvo casos excepcionales, que la resolución de la jurisdicción penal produzca la excepción de cosa juzgada en la esfera civil (Sentencias de 22-XI-1940 y 27-IV-1942, entre otras muchas); enseñanzas éstas de ineludible aplicación al caso presente, no sólo porque en él resulta muy acusada y clara la distinta naturaleza y finalidad de las acciones ejercitadas en la causa criminal y en el juicio civil, sino porque, además, el hecho que se supone acreditado por la sentencia criminal de la condición que pudiera tener D. Amadeo Máñez en la Casa comercial "Víctor Máñez Fils" ni siquiera tiene la categoría de hecho básico para la calificación de orden penal que hubo de hacer el Tribunal de aquella jurisdicción.

En torno a la cuestión, eminentemente jurídica y de fondo, de la capacidad de D. Amadeo Máñez para ejercer el comercio y haber contraído obligaciones en la época en que se concertó con la Sociedad demandante y hoy recurrida la operación de venta que ha suscitado el litigio, el recurso, en los motivos 2.º y 3.º, apoyados en el número 1.º del artículo 1.692 de la ley Procesal, atribuye a la Sala sentenciadora, por razón de haber reconocido esa capacidad, la infracción de los artículos 59, 160, 317 y 1.263 en relación con el 1.261 del Código civil y 4.º del de Comercio; pero es lo cierto que el Tribunal de instancia, lejos de incidir en tales errores, ha dado correcta interpretación a los textos legales aplicables al caso, pues se ha de notar:

Primero. Que el artículo 4.º del Código de Comercio, al exigir en su número 2.º como una de las condiciones constitutivas de la capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio la de que la persona de que se trate no esté sujeta a la potestad del padre o de la madre, viene a admitir implícitamente que tendrán dicha actitud los mayores de veintiún años y menores de veintitrés, no sólo cuando hayan obtenido la emancipación por matrimonio o por concesión del padre o de la madre que ejerzan la patria potestad (art. 167, número 2.º, del Código civil) o hayan obtenido, muertos sus padres, la concesión del beneficio de la mayor edad (art. 322 del propio Código), sino también cuando les sea aplicable la emancipación tácita o presunta establecida en el artículo 160 del repetido cuerpo legal, a cuyo tenor: "si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviese independiente de éstos, *se le reputará* para todos los efectos relativos a dichos bienes (es decir, los adquiridos con su trabajo o industria o por cualquier título lucrativo) como *emancipado* y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración".

Segundo. Que si bien es verdad que el número 3.º del referido artículo del Código de Comercio exige, además, como condición necesaria para el ejercicio habitual del comercio, la de tener el comerciante la libre disposición de sus bienes, no es menos cierto que, aparte de que el texto literal del aludido artículo 160 del mismo Código permitiría entender que el menor que tiene bienes de la clase en él indicada posee la libre disposición de los mismos, ya que se le otorga sobre ellos "el dominio, el usufructo y la administración", aunque no se estime así y se adopte para la interpretación de ese texto un criterio de mayor prudencia y más ajustado a la exigencia de unidad de

sistema que debe presidir todo cuerpo legal, entendiéndose que la extensión de la emancipación tácita del aludido precepto no puede ser mayor que la que otorgan a la emancipación expresa los artículos 315, en relación con el 59, y 317, es de tener en cuenta, de todos modos, que el requisito de la libre disposición de los bienes; impuesto por el mentado artículo 4.º del Código mercantil, ha de ser tomado, no en un sentido rígido, que haría ilusorios los beneficios concedidos, a través de las dos condiciones anteriores del propio artículo, a los mayores de veintiún años, sino en un sentido de relativa amplitud, que encuentra base y fundamento holgados: a), en la Exposición de Motivos del Código de Comercio, que reputaba plenamente capaces, cual los mayores de edad, a los menores que, estando emancipados, tuviesen "aptitud suficiente para la *administración* de sus bienes"; b), en la consideración racional de que aun cuando está limitada por el artículo 317 del Código civil la capacidad de los menores emancipados para tomar dinero a préstamo y gravar y vender bienes inmuebles, esa restricción no les impide el obligarse por razón de actos de comercio ni el disponer de una manera absoluta de los bienes muebles, que son los que, por regla general, sirven de base para el crédito y la responsabilidad mercantiles, siendo así perfectamente lógico, dentro del esquema de nuestras leyes de Derecho privado, graduar la capacidad comercial de los menores emancipados por las mismas normas que establecen, con respecto a su capacidad civil, los arts. 59 y 317 del Código de Derecho común; c) En la consideración, finalmente, de la fuerza y autoridad que el reconocimiento de una posible capacidad mercantil de los mayores de veintiún años y menores de veintitrés, han venido prestando, no sólo los usos de la vida práctica, recogidos en actuaciones notariales, y los criterios de la doctrina científica, que se ha esforzado, a través de fórmulas variadísimas, en encontrar solución al conflicto que planteaba la necesidad de coordinar el art. 4.º del Código de Comercio con los preceptos del Código civil, sino también el propio criterio legal, exteriorizado por el Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919, en su art. 29, que al determinar las personas que pueden inscribirse como comerciantes en dicho Registro, incluye entre ellas a los varones menores de edad, con las únicas condiciones de que sean mayores de veintiún años y se hallen legalmente emancipados.

SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1943. — *Testamento de hermandad en Navarra y derecho de representación.*

Conformes los litigantes en que la heredera doña Eleuteria Sánchez, instituida en testamento de hermandad por los cónyuges navarros D. Juan Olea y doña Paula Tabar, falleció, dejando hijos, después que el marido y antes que la mujer otorgante, y conformes también en que aquella heredera adquirió y transmitió a sus hijos la herencia del testador premuerto, se discutió en el pleito y se discute en el recurso, si, por haber otorgado otro testamento el cónyuge supérstite, cuando ya había fallecido la doña Eleuteria, deben pasar los bienes relictos, por óbito de aquel cónyuge, al demandado, instituido heredero en el último testamento, en atención a que el de hermandad había quedado destituido o desierto por premoriencia de la heredera en él instituida — tesis de la Sala sentenciadora —, o deben recibir dichos bienes los hijos de la doña Eleuteria, por virtud del derecho de representación, que impide tener por caducada la institución hecha en el testamento de hermandad (tesis del actor-recurrente).

El tema, exclusivamente jurídico, así planteado, gira en torno de lo que dispone el capítulo IV, título IV, libro II del Fuero General de Navarra, que proclama irrevocable el testamento de hermandad, fallecido uno de los otorgantes, y, más concretamente, versa sobre interpretación y aplicación de la Ley 1.ª, título XIII, libro III de la Novísima Recopilación de Navarra, que dice: “ los hijos y descendientes por línea recta de los sustituidos, y llamados a la sucesión de algunos bienes, que murieren antes que los primeros llamados, entren en lugar de sus padres y ascendientes, como si ellos viviesen, representándolos, y en tal caso haya transmisión en favor de ellos, si otra cosa no se hubiera dispuesto claramente pos los testadores”; pues en tanto será nulo o será válido el testamento otorgado por el cónyuge superviviente en cuanto respectivamente se da o no el derecho de representación en favor de los hijos de la heredera instituida en el testamento de hermandad.

Ciertamente, el sentido literal de la citada Ley de la Novísima permite pensar, “prima facie”, que el derecho de representación en ella regulado se concede exclusivamente a los hijos y descendientes del heredero instituido en segundo o en tercer término, es decir, al *sustituto* que fallezca “antes que los primeros llamados”, y esté parecer

puede sumar en su apoyo la terminología latina, que asigna al *sustitutus* la forma pasiva de *sustituído*, pero con significación activa similar a la de *vicarius*, *sucesor* o *substituens*, esto es, la de *sustituto*, sustituidor o persona que es puesta o puede serlo en lugar de otra, que es también la acepción usada en la Ley 1.^a, título VI, libro XXVIII del Digesto: "Hæredes aut instituti dicuntur aut substituti. Instituti primo gradu substituti secundo vel tertio."

Esto no obstante, la sinonimia romana de las voces "sustituído" y "sustituto" pugna con la significación gramatical española de estas palabras, ya que, en nuestro idioma, "sustituído" es forma pasiva con la que se designa a la persona que es reemplazada, en contraposición a "sustituto", forma también pasiva, aunque irregular, con acepción activa de sustituidor o sustituyente; y así resulta que "sustituído" equivale a "instituído" o llamado a la sucesión preferentemente, en cuanto que, aun los llamados después, son a la vez "instituídos" en relación con los que le siguen, y "sustitutos" refiriéndolos a los que preceden.

Esta interpretación gramatical castellana es la que procede dar a la palabra "sustituído" en régimen exegético de la citada Ley de la Novísima, no tanto, sin embargo, por su sentido literal como por su sentido jurídico, atendido al espíritu que informa el Derecho tradicional navarro: a) Porque sería absurdo que los hijos y descendientes de un llamado en segundo término heredasen en representación de sus ascendientes premuertos, y no heredasen, en cambio, los hijos y descendientes del primer llamado, cuando la presunción de la voluntad del testador—Ley suprema en sucesiones—lleva precisamente a conclusión muy distinta, máxime en Navarra, donde se acentúa la tendencia proteccionista del vínculo o cohesión familiar, tradicional en España, estimándose que el afecto del testador está más cerca de los hijos del instituído que de los hijos del sustituto, y aun de este mismo, salvo expresión de la voluntad del testador en contrario; y b) Porque, aun en el supuesto de que la referida Ley de la Novísima contemplase sólo el caso de premoriencia del heredero sustituto, siempre cabría, razonablemente, pensar que la *mens legis* navarra quiso estatuir la norma del derecho de representación en favor de la descendencia del heredero llamado en segundo o tercer lugar, como caso que en la práctica pudiera ofrecer dudas, y si no hizo la misma declaración expresamente respecto de los descendientes del instituído o primer lla-

mado, fué porque, ni por costumbre ni por el espíritu que preside el Derecho navarro, ofrecía duda el derecho de representación de estos descendientes de los primeramente instituidos.

La precedente doctrina, y, en particular, la forma de llenar la laguna que pudiera ofrecer el texto de la Novísima, tiene confirmación en el Derecho romano—primera fuente supletoria en Navarra—, ya que no es sólo la conocida regla del Digesto, que presume comprendidos en la palabra “hijos”, tanto a los descendientes de primer grado como a los de grados ulteriores, sino que la misma idea de favorecer a los hijos cuando son llamados los padres late en la Ley 6.^a, título XXV, y en la 30, título XLII del libro VI del Código de Justiniano, en la primera de las cuales se extiende el criterio proteccionista de los hijos del heredero premuerto con estas sugestivas palabras: “introducimos esta Ley perpetuamente valedera, tan favorable para los padres como para los hijos; de cuya manera atendemos también a otras personas, *aunque sean extrañas*, respecto de las que se hubiere escrito alguna cosa semejante.”

La Ley 6.^a, título III, libro I de la Novísima Recopilación de Navarra, no impide el razonamiento que queda expuesto, porque el mandato a los Tribunales de que “juzguen por las leyes del Reino a la letra, sin darles interpretación”, sólo quiso expresar la singular relevancia que en Navarra, como en Aragón, tiene el sentido literal de las leyes, acaso en prevención de posibles alteraciones del régimen foral por ingerencia de normas extrañas a su privativo Derecho; pero aunque así no fuera, carecería hoy de vigencia aquella Ley, como contradictoria de múltiples preceptos legales, de aplicación general en toda España, que atribuyen a los Tribunales la misión de juzgar sin aquella restricción de la función interpretativa.

En conclusión: Que los hijos de la heredera instituída en testamento de hermandad suceden a la otorgante de aquel testamento, doña Paula Tabar, por subrogación en el puesto que ocuparía su madre, si viviera, manteniendo así su carácter irrevocable dicha disposición de última voluntad, por lo que es nulo el testamento que la misma doña Paula otorgó después del fallecimiento de su marido, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora, ha infringido, por interpretación errónea, las leyes del Fuero General y de la Novísima Recopilación de Navarra.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha
8 de febrero de 1941.*

INSTITUÍDO UN LEGADO A METÁLICO CON LA CONDICIÓN DE QUE EL HEREDERO NUDO PROPIETARIO LO HICIESE EFECTIVO DENTRO DEL PLAZO DE CUATRO AÑOS, CONTADOS A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE CONSOLIDASE EL USUFRUCTO DE LOS BIENES HEREDADOS, EL TRIBUNAL SIENTA ESTA DOCTRINA:

A) Esa condición, suspensiva de la voluntad del testador, no produce el efecto de aplazar la liquidación del impuesto, y éste es exigible, desde luego, como si se tratase de institución pura.

B) La liquidación debe girarse a cargo del legatario, pero el impuesto es exigible directamente al heredero, sin que éste pueda exigir que en las cartas de pago y demás documentos se haga constar que él realizó el pago, a efectos de sus ulteriores relaciones con los legatarios.

Antecedentes.—Don J. Rodríguez falleció bajo testamento en el que nombró heredera usufructuaria de ciertos bienes a una prima suya, pasando la propiedad, a la muerte de ella, a doña M. Rodríguez, sobrina de la testadora, y determinado que si esa señora falleciese antes que la testadora, la institución de herederos recaería en favor de sus hijos.

El testamento fué completado con una memoria testamentaria en la que la causante dispuso que la heredera, o en su defecto sus hijos, entregasen por cuenta de lo que habían de heredar 20.000 pesetas en metálico a la Comunidad de Monjas de Santa Clara, de Pontevedra, conce-