

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XIX

Mayo de 1943

Núm. 180

Apuntes para la historia del Notariado

1. Antigüedad del Notariado.—2. El Notariado oriental.—3. Modalidades de la Institución en Roma.—4. La Edad Media.—5. La escuela de Bolonia.—6. Consolidación de la función.

1. Es cuestión en la que luchan dos tendencias contradictorias la de la antigüedad de la Institución Notarial. Un sector doctrinal, acaso el más numeroso (1), se inclina a afirmar que el Notariado es una Institución reciente en la Historia del Mundo, que aparece con caracteres perfilados en el bajo Imperio romano, ya que es el derecho bizantino el que al unificar tabularios y tabeliones da lugar a "un primer grado en la evolución de la Institución" (2).

Según semejante tesis, que en Italia capitanea Durando (3) y que arrastra a la casi totalidad de escritores de derecho Notarial de ese país, los ejemplos que se nos citan de los Libros Sagrados y de los más antiguos Códigos de que tenemos vestigios, no son sino precedentes muy remotos del Notariado, que pueden servir—a lo más—para probar la importancia y la necesidad de la función en las sociedades políticas que han alcanzado un grado superior de desarrollo.

(1) Representado principalmente por Gonzalo de las Casas y Azpeitia. Este último sostiene la misma tesis, apoyándose en las afirmaciones de la doctrina italiana, en su *Derecho Notarial Extranjero* (vol. II, Italia, págs. 29 a 38) y en su trabajo *Evolución Mundial del Notariado* (conferencia pronunciada el 31 de mayo de 1931 en el Colegio de Barcelona, reeditada por el Colegio de Escribanos de Buenos Aires).

(2) Azpeitia, *Evolución Mundial...*, pág. 4. López Palop cree que el origen remoto del Notariado está en la institución romana de los Pontífices. Vid. "El Notariado Español" (conferencia), pág. 223 del libro-homenaje al profesor Clemente de Diego.

(3) *Il tabellionato o Notariato, nella leggi romana, nelle leggi medioevali italiane e nelle posteriori*. Turin, 1897.

Frente a este parecer, se presenta el de los que afirman, como Fernández Casado y Mengual (1), y los autores que este último cita, singularmente Michot (2), que estos hechos históricos no deben ser considerados como precedentes de la actual organización notarial, sino como una verdadera organización del Notariado, todo lo rudimentaria que se quiera, pero que en definitiva satisface las necesidades más imprescindibles de esta función que reputan permanente en la historia del Derecho.

En realidad, la solución de estas controversias dependerá no poco del punto de vista en que nos situemos. Estos precedentes que se citan o estos rudimentarios ensayos, no son—desde luego—una reglamentación que pueda compararse con la actual, como tampoco pueden compararse en sus detalles las civilizaciones a que corresponden. Del *scriba* hebreo al Notariado de hoy, hay un abismo, como le hay entre nuestro mundo presente y el reducido mundo geográfico de entonces. Pero no puede negarse que en una u otra forma las funciones fundamentales de estas dos personas, históricamente tan lejanas, tienen gran parecido: ambos redactan actos o sucesos jurídicos y les dan la notoriedad oficial que la organización jurídica en que viven les permite (3).

Por otra parte, no hay que olvidar que la hasta hace poco indiscutida originalidad del Derecho romano está hoy en entredicho, al progresar los estudios helénicos, de egiptología, asiriología y del mundo oriental en general. Hallazgos recientes permiten afirmar—sin correr demasiada aventura—que el Derecho romano es una copia perfeccionada del helénico, como las instituciones de éste tienen próximos precedentes en el Derecho egipcio al que imiten. “Se ha de considerar a Egipto—dice el profesor Seidl, de la Universidad de Greifswald—como el país de origen de muchas instituciones que tuvieron importancia durante la antigüedad y aun hoy, para nosotros, la conservan” (4).

(1) *Elementos de Derecho Notarial*, II, 2, págs. 477 y sigs.

(2) *Origines du Notariat*, Paris, 1878, I, pág. 6.

(3) Dice sobre este extremo Fernández Casado (*Tratado...*, I, págs. 53-54). “Si no se pierde de vista una observación importante en esta materia, cual es la de distinguir el Notariado como función de las personas que lo han desempeñado y de la organización que ha recibido en diversos tiempos y países, se tendrá la clave para penetrar con paso seguro a través de la oscuridad del tiempo remoto en la historia de esta institución. A poco que examinemos la historia de un pueblo, encontraremos la función de autenticar encomendada a alguna persona o clase en una u otra forma.”

(4) “La Historia del Derecho del Antiguo Egipto”, en *Investigación y Progreso*, tomo XII, septiembre-octubre 1941, págs. 404-405. Véase también Revillout: *Les*

No sería extraño, por la razón apuntada, que el tabelionato romanobizantino tenga correspondencia con alguna institución semejante del Derecho de Egipto. Lo que ocurre es que, en tanto los hallazgos documentales no permitan proceder sobre más seguras bases, cuantas inducciones se hagan en este terreno resultarán expuestas a error, y en todo caso, resulta más exacto, en tanto no se cuente con bases científicas sólidas, referir los comienzos de la Institución a época más próxima desde el punto de vista cronológico y por ello más conocida en la totalidad de aspectos de su cultura y de su vida jurídica.

2. Lógica consecuencia de esta carencia de noticias exactas sobre el conjunto de vida y cultura de aquellos pueblos tan remotos en civilización es que resulte difícil dar precisiones sobre la organización notarial—o si se prefiere prenotarial—del pueblo hebreo, del indio, del egipcio y del heleno.

No parece ofrecer duda la existencia entre los hebreos de variadas clases de *scribae* (Escribas del Rey, Escribas de la Ley, Escribas del pueblo y Escribas del Estado), de los cuales, pese a no ser muy bien considerado el cargo, suele afirmarse que ejercían fe pública, en su sentido moderno, y daban autoridad a los actos que suscribían (los agregados a persona de autoridad), aunque esta fe fuera prestada no de un modo material y con la propia autoridad del sello del escribano, sino por la fe que dimanaba—sin delegación en el *scriba*—de la persona de quien éste dependía. En cambio, si se trataba de escribas del pueblo, su misión era aún menos jurídica, aun en lo externo, pues parece ser que se limitaba a prestar sus conocimientos caligráficos, y el documento por ellos redactado no tomaba fuerza ninguna de la intervención del escriba. Era más bien el testimonio el que daba eficacia a los actos, y en tal sentido, los escribas no eran notarios, sino meros amanuenses (1).

En el Código de Hammurabí, Rey de Babilonia (siglo XXII, antes de

origines egiptiennes du droit civil romain (París, 1912), y Scharff y Seidl: "Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des Neuen Reiches", en *Aegyptologische Forschungen*, cuad. 10.

(1) Como ejemplo de contratos, en alguno de los cuales se habla de imposición de sello—seguramente como equivalente a la actual firma, o quizá, más aún, al sello notarial, en cuanto garantía de autenticidad y entorpecimiento para alteraciones y sustituciones—, suelen citarse los capítulos XXI, XXXI y XXXII del Génesis.

Respecto al alcance de la función de los Escribas, dice Azpeitia que "la fantasía, en orden a los precursores de los Notarios actuales, se ha desbordado hasta el extremo de que Fernández de Otero, y con él otros muchos eruditos, encuentran el abolengo del Notariado en el pueblo hebreo, y más concretamente en los libros de los Reyes, que

Cristo), y en el Código del Manú (siglo XII, antes de Cristo) es donde menos fuerza encuentran los autores que defienden la permanencia histórica del Notariado, ya que si bien se encuentran vestigios de la prueba testifical, nada en ellos parece indicar la existencia de organismos o personas específicamente encargadas de intervenir en la redacción de los contratos ni de preparar las pruebas ciertas de su celebración.

No se puede pasar por alto en esta brevisima incursión por el campo de la historia del Notariado los testimonios que nos suministra la investigación egiptológica. De ellas se infiere que los escribas sacerdotales tenían un carácter semejante al del Notariado-profesional o Notario-Letrado, encargado de la correcta redacción de los contratos; al lado de estos escribas estaba el Magistrado, al que competía la función autenticadora que se hacía por imposición del sello del Magistrado, en virtud de lo cual el documento, hasta entonces privado, se convertía en público (1).

Además de este Notariado sacerdotal, que suele localizarse en la era llamada *demótica* (o de la escritura cursiva popular), la investigación moderna que cultiva el Derecho egipcio admite la existencia habitual de funcionarios o particulares con funciones notariales, acaso por el predominio de la tesis arriba expuesta de la similitud del Derecho romano con el heleno y el egipcio (2). El profesor Seidl llega a afirmar: "La Diplomática de los egipcios arranca del documento en papiro y está, por tanto, ya por el material, más cerca del documento en papiro del período helénicorromano posterior y de nuestro documento actual en papel, que el ladrillo de los babilonios o la tabla encerada de los romanos. Egipto nos muestra, pues, lo más antiguo de la historia de nuestra forma de documentos. En la época más antigua, entre los negocios del derecho privado, vemos un documento garantizado por un sello oficial de cierre; en época posterior encontramos un documento

hacen mención, entre los oficiales del séquito de David, del Escriba Saraias (pág. 3 de la "Evolución...").

En el libro de los *Proverbios* (cap. VI, vers. 1) encontramos un texto que parece referirse a la forma extranotarial: "Fili mi, si sponderis pro amico tuo, defixisti apud extraneum manum tuam" ("Hijo mío, si salieres fiador por tu amigo, has empeñado con un extraño tu mano"). En todo caso puede invocarse, a la vista de este versículo, una evidente semejanza con la obligación romana primitiva, nacida o del delito o de la garantía o fianza—aunque sea de sí mismo—para asegurar el cumplimiento de una oferta o de una promesa de dar o hacer.

(1) Véase Mengual, II, 2, pág. 453.

(2) Pirenne: "Histoire des institutions et du droit privé de l'ancien Aegypte". Bruselas, 1932-1935.

sin sellar, pero garantizado frente a añadiduras o falseamientos posteriores, por la observancia de un rígido formulario y la firma del Notario (*sic*) y de los testigos, y en los últimos siglos por lo menos, los archivos y registros constituían otra protección más contra aquellas alteraciones."

Por lo que a Grecia se refiere, es un hecho histórico la existencia de oficiales públicos, encargados de redactar los contratos de los ciudadanos, y, al decir de los autores antiguos de Derecho Notarial, su ministerio era considerado tan necesario, que Aristóteles, en el año 360, antes de Cristo, afirma que dichos oficiales existían en todos los pueblos civilizados. "Entre los griegos—dice Fernández Casado—eran conocidos los Singraphos y los Apógraphos. En la culta Atenas no se otorgaba contrato alguno sin inscribirle en el Registro público, llevado por los Singraphos, verdaderos Notarios, y cada tribu tenía dos de ellos que gozaban de grandes consideraciones y honores" (1). Sancho Tello (2) y Mengual (3) afirman, por su parte, que los precedentes griegos del Notario están representados por los funcionarios conocidos con los nombres de *Mnemon*, *Pronemon*, *Symptomnemon* y *Hieromnemon*, especialmente del *Mnemon* (el que recuerda o hace memoria), encargado de formalizar y registrar los tratados públicos y las convenciones y contratos privados.

3. Los textos legales del Derecho Romano en sus diversas épocas permiten hablar de una multitud de personas a quienes de modo parcial está encomendada la misión notarial. Entre los autores, así nacionales como extranjeros (4), se habla de *tabellio*, *tabularius*, *notarius*, *cursor*, *amnuensis* o *Emanuensis*, *grafarius*, *librarius*, *scriuarus*, *cognitor*, *actuarius*, *charlatarius*, *exceptor*, *libelense*, *censualense*, *refedendarius* o *refrendarius*, *scriba*, *conciliarius*, *cancelarius*, *logographis*, *numerarius*, *cornicularius*, *diastoleos*, *epistolares* y *argentarius*.

Esta variedad de nomenclatura no prueba, en definitiva, sino que la función notarial está dispersa y atribuida a multitud de variados oficiales públicos y privados, sin que originariamente se reúnan todas las atribuciones en una sola persona.

(1) *Tratado*.... I, pág. 55.

(2) *Derecho Notarial de España*, pág. 10. Valencia, 1900.

(3) *Elementos*.... II, 2, pág. 453.

(4) Véase especialmente Symkowsky: *Handbuch zur neuen österreichischen Notariatsordnung*, Viena, 1871; Gonzalo de las Casas: *Diccionario*, 7, pág. 268. Fernández Casado: *Tratado*, I, 57.

No debe olvidarse, para darse cuenta de la evolución del Notariado romano, lo dicho en otras ocasiones sobre la forma contractual de este Derecho. Aun en los momentos de mayor rigor formalista, la forma no es nunca documental como requisito de existencia. Es necesario que se pronuncien o escriban las palabras del rito contractual para que el contrato se produzca. La forma escrita, que acaba por predominar en las costumbres, facilita la prueba; pero ni en sí misma ni en la intervención del scriba, tabulario, tabelion o Notario es solemnizadora por sí, sino consignadora de un hecho de solemnidad que se produce al margen del documento. Facilita, repetimos, la prueba procesal, pero ni es requisito de solemnidad, ni siquiera tiene—inicialmente al menos—pública fehabencia: ésta le viene de la insinuación judicial (en la que se ve una función fideifaciente típicamente notarial) o, en definitiva, de los testigos que intervinieron o del testimonio del redactor. Sólo por excepción, como hemos visto ocurre en el pueblo egipcio, tiene carácter de funciones de autenticación la de los funcionarios agregados a persona de autoridad, que en sustitución de ésta o por su mandato, imponían el sello de certeza o los Edictos y Documentos oficiales. Así, el Questor debe suscribir los rescriptos para que puedan ser admitidos por los Jueces y Tribunales.

Esta fe pública que se concede al documento por la firma del funcionario sigue probablemente en Roma, en la época del Derecho civil y del honorario, un progreso de difusión y de extensión a quienes desempeñan en el orden privado análogas funciones de consignación escrita de hechos y de actos. Lo que al principio sólo puede hacer un oficial público (testificar con carácter auténtico), acaba por poderlo hacer el que inicialmente no era sino hombre letrado, docto en leyes y caligrafía (sin que pueda señalarse con precisión un momento histórico exacto y preciso): el Tabularius y el Tabellio, se llega a la figura del Notario. Este Notario no es el Notario actual, como hoy le concebimos en España, porque le falta la función legal de dar forma solemne a los actos siempre formalistas del Derecho Romano; pero nunca, en la total evolución de este Derecho, la forma será producto de intervención oficial (que constituirá prueba de ella), sino resultado de la práctica de los ritos exigidos por la ley (pronunciación de las palabras de la fórmula en la *sponsio*, entrega de la cosa en los contratos reales, etc.). Y cuando hace falta la forma escrita (contrato

literal), los *instrumentos* son escritos que puede redactar cualquiera, porque no exige la intervención de tabulario o de tabellón (1).

Según opinión corriente entre los autores, el tabulario precede históricamente al tabellón. El primero tiene un origen de derecho público, mientras el segundo nace de las costumbres sociales (2). En un principio, los *tabularii* desempeñaron funciones oficiales del Censo, y seguramente por el hábito en la custodia de documentos oficiales (entre los que el Censo era de los más importantes) se generalizaría la práctica de que se les entregara en custodia los testamentos, contratos y actos jurídicos que los interesados estimaban debían guardarse con la prudencia debida para que en su día produjeran efectos. En cuanto a estos actos privados—a su contenido interno—, la custodia tabular no les imponía carácter de autenticidad; pero, en cambio, tenían fe pública los tabularios por lo que afectaba al Censo y al hecho de la entrega de los documentos privados que custodiaban.

En competencia con los *tabularii*, surgen en las costumbres sociales los *tabelliones*, profesionales con carácter privado que se dedicaban a redactar y conservar testamentos o *instrumentos*. Por Ulpiano tenemos ya noticia, tanto de los *tabularii* como de los *tabelliones*, lo cual prueba que tales cargos no fueron una creación del derecho del Imperio, aunque fuera la legislación imperial la que al reglamentar su actuación incrementa sus poderes de actuación, como se colige de la Novela 43, en la que se exigía la intervención de testigos, la redacción de una minuta o *scheda* por el tabellón y la extensión de una copia en limpio (*mundum*) que debía llevar pegado un sello (*protocolum*). El crédito creciente que va cobrando el instrumento extendido por tabellón, se pone de relieve en la Constitución del Emperador Justiniano a *Ioanni Praefecto*, en la que para evitar que el otorgamiento fuera negado por la persona a que perjudicaba, se mandaba a los *tabelliones* la intervención personal en los contratos y la conservación de la *scheda*, sin encomendar este cuidado a los amanuenses.

En el reconocimiento de autenticidad a los documentos de los tabelliones influye la aparición de una clase de documentos al lado de los *instrumenta publica* (que tienen carácter auténtico y no necesitan apo-

(1) Durando: *II Tabellionato*.... págs. 17 y sigs.

(2) Durando: Loc. cit. Curti-Pasini: Cit. Azpeitia. *Derecho Notarial Extranjero*, páginas 32 y sigs. sin indicación bibliográfica.

yo testifical) y los *instrumenta privata* (que adquieren fuerza probatoria por la intervención y confirmación de los testigos).

Esta nueva forma de documento es el redactado por *tabulariis* y *tabelliones* y se llaman *instrumenta publica confecta*, de los que dice Justiniano: "Sed et si instrumenta publica confecta sint, licet tabellionum habeant supplementum, adiicitur et eis antiquam compleantur, sicut dictum est, testium ex scriptum proesencia" (1).

Otras disposiciones del mismo Emperador (2) relativas a la organización del tabellionato, prueban que ya en el Derecho Romano del Imperio la figura del tabelión está muy próxima a la del moderno Notario.

Completa la aparición de esta etapa histórica del Notariado la referencia a la Constitución 115 de León el Filósofo, respecto de la cual guardan silencio los autores italianos, que en España fué dada a conocer por D. Félix María Falguera (3), que puso gran empeño en el descubrimiento de esta Constitución, citada por Godofredo y Cuyacio, y hallada al fin por el Notario de Manresa D. Juan Sempau en la Biblioteca del Vaticano (texto griego), quien descubrió también que el abate Migne había publicado la traducción latina en su *Patrología grecolatina*. Falguera rectificó en la monografía citada los errores de traducción en que había incurrido el abate Migne, ayudado por el jesuita P. Moncunill.

Se refiere esta Constitución a los requisitos para el ingreso o acceso al cargo de tabulario (4), y en ella se exigen, no sólo requisitos y condiciones de carácter intelectual, acreditados en los correspondientes exámenes, sino elevadas condiciones morales, pues no había de ser

(1) Novela 76, cap. 5.º

(2) Cita Azpeitia, entre ellas, la constitución "De fide instrumentorum", 17 del Código, IV, 21, y la novela XLIV. Mengual hace mención del libro X, título LXIX, del Código, dedicado a los Tabulariis, Scribis, Logographis, et Consualibus; del libro XII, título VII, "De Primicerio et secundiceris et Notariis"; de la constitución XLV, que lleva por título "De Tabellonibus et ut Protocolia dimittat in chartis", y de la LXXVI, relativa, entre otras materias, a la seguridad y a la fe de los instrumentos, cotejos, etc.

(3) En sus estudios histórico-filosóficos sobre el Notariado. Barcelona. 1894. La edición de esta monografía, que recoge los artículos publicados por el autor de 1872 a 1886 en el periódico *La Notaria*, está hoy agotada, y resulta difícil hallarla.

(4) Azpeitia sostiene que aunque Falguera traduce del griego empleando indistintamente los nombres de tabulario y tabellion, en realidad debiera hablarse siempre de tabellion, porque "en el Derecho Romano de Oriente, el tabulario, en sentido estricto, había perdido su importancia ante el tabelion". *Derecho Notarial Extranjero*, Italia, página 52

el aspirante y hablador, porfiado o de conducta viciosa, sino de buenas costumbres y de singular prudencia (1).

Como conclusiones de esta breve exposición sobre el Notariado en Roma, queremos destacar a título de resumen dos consideraciones fundamentales: la primera es que si, al igual que en su evolución posterior, el Tabelión puede ser considerado meramente como un hombre de condición social inferior, aunque letrado, acaba por ganar un elevado rango social: en de Primicerio et Secundicerio et Notariis, se lee: "Praeclaram nobilemque militiam spectabilium Notariorum qui gloriosis obsequiis Reipublicae commodatis afferunt..."

La segunda es que, de acuerdo con Durando, la intervención notarial no hace probados y auténticos los *instrumenta*: sólo la insinuación judicial les da fe pública y fuerza probatoria. De donde el Notario en aquella época es más profesional que funcionario. Y si bien tales afirmaciones han sido negadas, y atribuido carácter público al Notario romano, se hizo así por motivos polémicos, y para buscar en la fuerza del precedente del Derecho Romano—de tanto valor en la Edad Media—un argumento sólido en que apoyar la teoría de la autoridad de los actos notariales (2). Mas esta falta de facultad autenticadora no quita para que la Institución tenga ya en Roma caracteres de especialidad que sirven para distinguirla, e íntimo parentesco con el Notario actual.

4. La civilización bárbara no representa ningún progreso en el orden de las ideas jurídicas, sino más bien lo contrario. No hay el antagonismo que durante mucho tiempo se ha formulado como axiomático entre el Derecho Romano y de los pueblos germanos. Este fenómeno de repetición histórica de las Instituciones—al que más arriba aludimos al tratar del entronque del Derecho Romano con el heleno y el egipcio—se puede aplicar a las instituciones jurídicas de los bárbaros, que si en el momento de la invasión difieren considerablemente de las romanas, es porque éstas han llegado a su pleno desarrollo; mientras aquéllas corresponden a un período incipiente de otra nueva

(1) Algunos autores patrios, como Fernández Casado y Mengual, relacionan—incluyéndolo en este período histórico—la Constitución del Emperador Maximiliano, dada casi siete siglos más tarde (1512). El intento de restauración que supone el Sacro-Romano Imperio no autoriza, a nuestro juicio, a unificar dos épocas tan distantes.

(2) Ob. cit., págs. 41 y sigs.

civilización, que triunfa sobre la romana, cuando aquélla se encuentra en plena gestación cultural (1).

Las leyes típicamente bárbaras, no demasiado conocidas, acaso por la facilidad con que los vencedores se asimilan tanto el Derecho Romano como el Derecho indígena de los pueblos que somete, no ofrecen aportación—hasta el momento presente—que pueda considerarse de interés para la historia del Notariado. Así—refiriéndonos al caso de España—en las leyes visigóticas, hasta el *Liber iudiciorum* o *Fuero Juzgo*, encontramos escasas referencias a la actuación de escribanos o Notarios (2).

Esta época resulta un tanto incierta en cuanto a la historia del Notariado (3): pero sin temor a errar, puede afirmarse que en todos los países del mundo europeo se produce en el ambiente social encaminado a que los escribanos—que siguen existiendo y actuando—refuerzen su papel de fidei-facientes. La carta notarial, el *instrumentum* extendido y suscrito por Notario, tiene que cobrar necesariamente un creciente prestigio, pues sólo así se explica que ya en el siglo XIII aparezca el Notario como representante de la fe pública y su intervención de autenticidad a los documentos. Según Novati, en el año 1200 se reputaba la notarial como una verdadera ciencia, y los notarios de aquel entonces eran de gran elocuencia y tenían poder, riqueza y gloria (4).

Suele atribuirse a la escuela de Bolonia la mayor influencia en el auge de la ciencia notarial, especialmente por los autores italianos. Pero aunque esta influencia sea cierta, no es temeridad afirmar que España (los Reinos en que se ha dividido como consecuencia de la invasión el Antiguo Imperio visigótico) marcha a la cabeza del movimiento legislativo. Si en Italia en 1200 el Notario tiene gran con-

(1) Ferdinand Lot: *Les invasions germaniques*.

(2) Entre ellas están la ley 9.^a, título 5.^o, libro VII: "E porque vimos ya algunos que escribían Leyes del Rey falsamiente o que las hacían escrever a los notarios por las confirmar, onde metiendo muchas cosas en nuestras leyes... por ende defendemos esta nueva ley que ningún home daqui adelante si non fuera escribano comunal de pueblo o del Rey o tal home a quien mande el Rey... nin escribir nin dar a ningún escribano que escriba falsamiente, las escriban e las lean las nuestras Constituciones e non otri": pero este texto, y otros que se citan, no comprueban sino el hecho indiscutible e indiscutido de la existencia de Notarios o Escribanos, pero no parecen suponer ningún progreso sobre la organización romana.

(3) Se citan generalmente, como texto de influencia en este periodo, los Edictos de Rotario Luitprando Rachis, y más tarde las capitulares Teodorenses de Carlomagno y de Lotario.

(4) *Notariado en la literatura italiana*, pág. 304.

sideración, en Castilla el Fuero Real primero (1255) afirma que el oficio de escribano es "público e honrado e comunal para todos" (1), y las Partidas después (1265?), en los títulos 16 y 19 de la Partida tercera, construyen el Notariado como una función pública y regulan la actuación notarial con bases que han sido el sostén de la Institución hasta la Ley de 1862, ya que después de estas leyes ninguna otra fundamental se dicta para el Notariado hasta el siglo pasado.

Por otra parte, es de sumo interés para la historia patria del Notariado y para que pueda reclamarse para Aragón la prioridad en el prestigio que concede a la función, el hallazgo hecho por el profesor Del Arco en los archivos municipales de la ciudad de Jaca. Allí se ha encontrado un manuscrito del siglo XVI (o principios del XVII) en el que se transcribe el Fuero General de Jaca, anterior a la compilación de Huesca de 1247 y anterior, por tanto, a las Partidas y al Fuero Real. Aparte del problema de la influencia de este Fuero—hasta ahora desconocido en su texto, aunque se conociera su existencia—en los de Sobrarbe y Navarra, y aparte la influencia que este hallazgo pueda tener para destruir la tesis de Bonilla San Martín sobre la falta de originalidad del Derecho Aragonés, es de sumo interés desde nuestro punto de vista el párrafo que transcribimos: "Título de Escribans como deben estar creats, et perqui, et quals les escribans, et com deben faerles les cartes, et que pena han les que son pris en falsía, c. 17.

Perço por lo offiçi dels escribans fals que boz les afars dels segle son ordenaz per moltes falseças et benequies, que se fan en moltz logars, mandamet establissent firmament, que de qui adabant, totes les cartes de les deutes, et de les peñals (prendas), et de les compres, et de les ventes, et de les cambis, et alicuaments, et de les donaçons, et de les altres mercatz, *sien faites per publics escribans* Jurats della villa. Et totes les cartes de les deutes et dels peynals, sien partidas per a. b. c. assi que cada un aya carta. Et si lo bispe (obispo) y pot estar, volem que el habla Just.^a et ables bons oms de Jacca ensemblesteyan iiii o V escribans o más, bons et discrets, et leyls, et aquel que non faguem per pregaria, nin per gracia dalgun ninguna cosa desguisada. *Cartéguz* estan per luz Jura et totes les cartes fagan leyalment. Et si aventura algún des Escribans es pres en falsía, perda loffici de la Escribania, et jamás no sia Escribans et sialidona tal pena según lo mal que avrá fait."

(1) Ley 3.^a, título 8.^o, libro I.

Estas palabras no sólo sirven para demostrar la afición aragonesa a la carta o pacto escrito, sino que confieren obligatoriedad a la función notarial y otorgan a la carta sellada por notario la máxima autoridad.

5. Mientras en los residuos del Reino visigótico, en lucha por la Reconquista material y espiritual de la Península, se produce este movimiento legislativo, aparece en Bolonia la Escuela del Notariado, que influye poderosamente en Europa entera.

El ilustre Falguera difundió en España la labor de esta Escuela, que en su tiempo también influyó en España, hasta el punto de que se conocían y estudiaban las obras de Rolandino (1). Posteriormente el estudio de los tratadistas italianos ha difundido el conocimiento de la labor de esta Escuela.

A la labor precursora de Irnerio (hacia fines del siglo XI parece fué escrito el *Formularium tabelliorum* o *Formulario Irnerio*) hay que añadir la de Ranieri di Perugia, autor de la *Ars Notarie*. Pero la gloria de esta escuela corresponde a Rolandino Passagerio, llamado también *Rolandino Rodulfinio*, o *Rolandino Rodulfo*, nacido a principios del siglo XIII (1207?), y que en 1234 es Notario en Bolonia y profesor que da lecciones públicas de Notaría.

Las obras escritas por Rolandino (2) son: la *Summa Artis Notariae*, llamada también *Summa Aurea*, *Diadema*, *Summa Rolandina* o *Summa Orlandina*, en la que parece se propuso corregir y mejorar las fórmulas notariales hasta entonces usadas (tiene tres partes: contratos, testamentos, juicios).

La Aurora, que son comentarios a la *Summa*.

El Tractus Notularum, que es una exposición, o mejor introducción a la ciencia de notaría, en la que, aparte el Derecho Notarial formal, hay un estudio de cuantos aspectos de Derecho sustantivo—contratos especialmente—interesan al Notario.

Las Flos testamentorum o *Flos ultimarum voluntatem*.

Y *De officio Tabellionatus in villis vel castris*, de menor valor científico que el anterior, ya que constituye una serie de lecciones prácticas y consejos a los Notarios que hoy llamaríamos rurales.

El prestigio de la obra de Rolandino es enorme. Como hemos di-

(1) *Estudios históricofilosóficos*, págs. 1 a 62. Vid. también Anselmi: *Le Scuole di Notariato in Italia*, Viterbo, 1926.

(2) Seguimos en la exposición de esta escuela la monografía citada de Falguera.

cho, sus obras llegan a todos los países. De su autor se ha dicho—seguramente sin hipérbole—que es la figura más grande que ha existido en el Notariado. Pero si hay acaso hipérbole cuando se afirma que en sus obras descansa la institución notarial, que ha sido la norma creadora de la ciencia notarial y fundamento de la organización legislativa sobre el Notariado. Por grande—y merecido—que sea el elogio no se puede incurrir en exageraciones, ya que resultaría difícil en aquella época, que hubieran podido influir, por ejemplo, en nuestro Fuero Real o en el Fuero General de Jaca, dictado con toda probabilidad, antes de que Rolandino ingresara en la profesión notarial. Lo que ocurre es que, como afirma Falguera, “su constancia en este estudio (el del Derecho civil) y su talento natural le sugirieron la idea de enseñar el Derecho bajo un sistema diferente del que sirven para el estudio de la abogacía, presentando las materias en un orden distinto y haciendo seguir los principios de sus aplicaciones a la redacción de los instrumentos públicos” (1).

Es decir, Rolandino es en primer término un gran Notario; conoce a fondo el Derecho de su época, y hace una exposición del mismo, original y además concienzuda. Y con ello, no solamente facilita un instrumento inapreciable de trabajo a las sucesivas generaciones de notarios, sino que su altura científica y su prestigio personal trasciende a la función que desempeña, y contribuye a enaltecer y hacer más noble y estimada la profesión notarial. Ello no mengua en nada la gloria del insigne Notario y profusor del arte notarial.

6. El final de la Edad Media es de consolidación de la función notarial. A igual que en España, las leyes de los diversos países, quizá siguiendo nuestro ejemplo, consagran la figura del Escribano como un cargo público. El ocaso de esa Edad, como la época moderna, no produce fundamental alteración en la organización que cada país da a la función. Se producen aquí y allá reformas importantes, como el progreso en la conservación de protocolos, el cambio de la *scheda* o minuta por el instrumento matriz, alteraciones en la organización corporativa, etc.

Resumiendo el desenvolvimiento científico de este período, dice Azpeitia: “En Italia, la legislación notarial logró extraordinaria importancia en los diferentes Estados, alcanzando el máximo desarrollo

(1) Loc. cit., pág. 17.

en el Piamonte, en los Estatutos del Conde Pedro II, en 1265; de Amadeo VIII, Primer Duque de Saboya, en 1430; de Manuel Filiberto, en 1561, etc.

En Francia, el Notariado se formaba en idéntico ambiente y con análogas orientaciones, si bien ofrecía matices embrionarios con alguna nota peculiar en los Capitulares de Carlomagno y en la Ordenación de Notaría, única en la ciudad de París—60 notarios en el Palacio del Preboste—, en la época de San Luis, en 1270. Más tarde las tendencias del Renacimiento romanista toman ya carta de naturaleza en tiempos de Felipe el Hermoso (1302).

En Portugal, el Notariado no aparece hasta el siglo XIII, alcanzando desarrollo merced a las disposiciones de Alfonso II, en 1211 y 1223, y más tarde en el reinado de D. Denis con las Ordenanzas de 1315, base de la legislación notarial portuguesa, completada en tiempos ulteriores por las Ordenanzas llamadas Alfonsinas, Manuelinas y Filipinas, del regimiento o Estatuto legal de los Tabeliaes de D. Denis, pudo afirmar Aurora de Castro, Notario de Lisboa, en nuestros días “que transcurridos seis siglos, los notarios portugueses de hoy se parecen asombrosamente a los que hubo en los tiempos de D. Denis, de tal modo, que el Notariado es la más tradicional de las instituciones portuguesas” (1).

En Cataluña, primero en el Código de las costumbres de Tortosa (1294) y más tarde en las Cortes de Barcelona (1298)—época de Don Jaime II—, se dictaron admirables disposiciones sobre la organización notarial, que alcanzó pleno desarrollo en las Cortes de D. Pedro III (1331) y Alfonso III (1333) con modalidades peculiarísimas que reflejan, no sólo pleno progreso hacia la autonomía corporativa, sino la diferenciación de funciones a base de la separación de la fe pública judicial y de la extrajudicial, matizadas en las diversas clases de Colegios Notariales que existían.

En Aragón y Valencia, en tiempos de D. Jaime I (1238), además de crearse legislativamente Colegios Notariales, se promulgaron disposiciones relativas al Notariado que inician el ulterior desarrollo de la Institución y del organismo, siempre a base de exteriorizar el tipo latino, pero con notas originales, ofreciendo además, al igual que Cataluña, el admirable ejemplo de que todas las disposiciones ordenando

(1) *Evolución...*, pág. 6.

el Notariado fueron verdaderas leyes votadas en aquellas famosas Cortes que de tal modo se imponen a nuestro espíritu y sirven de orientación para todo lo que implique unidad nacional y autonomía regional (1).

En rigor, aparte esas cuestiones que apuntamos, la historia del Notariado en este largo período que va desde el siglo XIII al fin del XVIII o comienzos del XIX puede resumirse en estas cinco luchas in-cruentas: Lucha de jurisdicciones, por la multiplicidad de escribanos, que con misiones específicas extranotariales, pretenden, y casi siempre consiguen, atribuirse funciones notariales (especialmente eclesiásticas).

Lucha de competencias entre escribanos.

Lucha contra la enajenación de oficios.

Lucha por la unificación de la función y por la obtención de la categoría de funcionarios públicos.

Lucha por la integración total de la función, que en el período que actualmente vivimos, en el que los que amamos al Notariado aspiramos—no por pasión profesional, sino por noble estímulo de una mejor organización y una mejor política legislativa en orden a la Institución—a que se atribuya a los Notarios toda la actividad jurídica extrajudicial.

Durante toda esta larga etapa hay un flujo y reflujo de crédito hacia el Escribano. Así en 1552 el Escribano aparece por primera vez en escena, sin ninguna de las notas despectivas e injuriosas con que más tarde será caracterizado (2); el Escribano español personifica el buen sentido, la rectitud y la escrupulosidad de conciencia. Treinta años más tarde personifica todo lo contrario. ¿Cambio de costumbres? ¿Relajación moral que se trasunta en el teatro? Lo cierto es que antes de que desate la sátira popular antiescribanil el dictamen sereno del doctor Cristóbal Suárez de Figueroa proclama la estimación en que era tenuta la profesión: "es oficio honesto a que no puede ser admitida persona infame" (3).

En el siglo XVII, si nos atenemos a las diatribas de Fr. Alonso de

(1) *Estudios...*, págs. 5-6.

(2) En la "Farsa de Tamai", pieza de la *Recopilación en Metro*, del Bachiller Diego Sánchez de Badajoz.

(3) *Plaza Universal*, pág. 434. Coincide esta afirmación de Suárez de Figueroa con las condiciones que las Partidas exigen a los Escribanos: "leales e buenos, e entendidos deben ser los Escribanos de la Corte del Rey e deben ser homes libres e cristianos de buena fama: e otrosí deben ser sabidores de escribir: e deben ser homes de poridad". Ley 2. título 19, de la Partida 3.^a

Cabrera; el prestigio del Escribano ha decaído notablemente: "Cuatro sectas de filósofos—dice—se hallan hoy en nuestras escuelas: llámanse reales, nominales, tomistas y escotistas . . Reales son aquellos que realmente viven de viva el Rey, dad acá la capa . . Son más que langosta. *Hombres que han sido lacayos y despenseros y aun mozos de cocina* (si a Dios place), que para echarlos de casa sus amos les pagan con eso...; si va a hacer una información sumaria la hace lo más sangrienta que puede... *Y aunque escribió lo que quiso, y lo que el testigo no dijo, le hacen que se ratifique en ello so pena de miedo*" (1).

Más adelante añade: "Nominales escribanos son los que tienen el nombre, pero de otros es el oficio. Si el oficial propietario no puede sustentar sino robando, el que paga renta de oficio, ¿qué ha de hacer sino saltar en poblado?" Sobre los escotistas dice: " . . son unos hombres de altos y delgados ingenios, pero algo oscuros para que no sean entendidas sus trazas ni puedan ser comprendidos en sus formalidades y segundas intenciones . . ¡Qué de papeles se hallan marañados que no los entendían ni aun quien los compuso! ¡Qué de paliadas usuras! ¡Qué de logros encubiertos! ¡Qué de testigos falsamente tomados!" Finalmente, a la secta de los *tomistas*, los más "confesadores y comulgadores", trata con la mayor dureza: "¿Qué diré sino que es proverbio común?—dice—. ¿Queréis tener justicia? Pues comprád-sela al Escribano" (2).

De todas estas diatribas, como de la sátira y el epigrama que se entrega con desenfado a la burla sañuda del Escribano; hay que tomar como buena sólo una parte. En primer lugar, de los textos reseñados, la mayoría de ellos no se refieren al Notario o a la función notarial, sino al Escribano de actuaciones judiciales, bien que ambas funciones están radicadas en la misma persona. En último término, aunque las censuras viniesen a caer sobre ambos, hacemos nuestra la opinión de Herrero García (3), que entiende que sin negar que hubiera excepciones, y aun frecuentes, a la ley de la honradez entre los Escribanos, lo más verosímil es que ley general fuera lo contrario de lo que la literatura revela. En apoyo de esta tesis pone de relieve que Lope de Vega—espíritu constructivo—no se complace en la crítica de los vicios de los escribanos, mientras Quevedo, Salas Barbadillo y otros escritores

(1) Sermones de fray Alonso de Cabrera, *N. B. A. E.*, III, pág. 314.

(2) *Op. loc. cit.*

(3) En sus *Ideas de los españoles del siglo XVII*, Madrid, 1927.

de menos personalidad se ensañan y se regodean en manosear los tópicos de la maledicencia. Y que la venalidad del escribano era un tópico, lo comprueba el hecho de que Cervantes reproduce el *cliché* anti-escribanil con verdadero carácter de tópico, por boca del Licenciado Vidriera: "¿Por qué se ha de pensar—habla el Licenciado—que de más de veinte mil escribanos que hay en España se lleve el diablo la cosecha como si fuesen cepas de su majuelo? No lo quiero creer, ni es bien que ninguno lo crea, porque finalmente digo que es la gente más necesaria que había en las Repúblicas bien ordenadas; y que si llevaba demasiados derechos, también hacían demasiados tuertos, y que destos dos extremos podían resultar un medio que les hiciera mirar por el virote" (1).

E. GIMÉNEZ-ARNAU

Registrador de la Propiedad y Notario.

(1) *El Licenciado Vidriera*. Ed. N. Alonso Cortés, pág. 83.

El actual Derecho inmobiliario español (*)

Señores: Para disculpar el atrevimiento de que una persona con tan escasos méritos académicos como la que os dirige la palabra ocupe, aunque sea brevemente, esta cátedra en una de las más gloriosas Universidades españolas, voy a permitirme evocar dos órdenes de recuerdos gravemente afectivos. Guardo, ante todo, en mi alma la visita que mi amigo el profesor de Derecho civil que ha organizado e inaugurado este cursillo de Legislación del Nuevo Estado, me hizo en el recién liberado Gijón, y la grata obsequiosidad con que su colega y discípulo mío D. Ignacio Serrano me ha asociado a sus publicaciones jurídicas, y a mi deseo de saludarles y colaborar en sus nobles tareas dentro de esta docta casa, se unía el grato deber de rememorar al ilustre D. Calixto Valverde, que da nombre al Seminario, en esta especie de aniversario de su muerte, como póstuma correspondencia a la amistad con que siempre me ha honrado, y en especial a su atención cuando viejo, enfermo y mutilado, me enviaba la última edición de su *Tratado de Derecho civil*, tan conocido y estimado por todos los estudiantes.

La segunda serie de recuerdos de orden familiar y altamente emotivo se halla condensada en unas líneas de la obra *El batallón de Guernica*, que un cadete de Caballería, escapado hace setenta años de Valladolid al Norte, escribió sobre los acaecimientos e intimidaciones de aquella campaña. Refiriéndose a sus antecesores y a los míos, decía: "El abuelo fué uno de tantos defensores de la independencia española frente a los ejércitos de Napoleón. Jefe después de realistas, combatió tenazmente a los partidarios del sistema constitucional. Y en la guerra civil, el abuelo, el padre, los tíos, derramaron su sangre, perdieron su hacienda y uno de los últimos su vida en el campo de batalla por defender los derechos de Carlos V. Más tarde, la correspondencia familiar reflejaba las amarguras de la emigración. Algunos de los vencidos regresaron al desierto hogar. A una huérfana de esta arruinada familia, recogida por parientes asturianos, debo la vida y el elevado

(*) Conferencia pronunciada el 1.º de mayo de 1942, en el Seminario de Derecho privado del Dr. Valverde, de Valladolid, por D. Jerónimo González.

concepto de la ciudad natal en que concentraba sus amores. Para nosotros, Valladolid era una ciudad legendaria donde tenían su asiento los ideales heroicos, el castellano puro y los ademanes correctos. Y de Valladolid venían aquellas cartillas de educación que las tías maternas nos obligaban a aprender de memoria:

"Como en una oscuridad
la clara luz resplandece,
así en los niños parece
la crianza y la humildad."

Con esto creo haber demostrado que no soy en esta docta casa ni un intruso ni un extraño, y pasó a desenvolverse el tema relativo al Derecho Hipotecario español en la actualidad.

* * *

Dividiré mi exposición en tres apartados que pongan de relieve, respectivamente: A), la crisis de la técnica hipotecaria; B), el cambio de ideales por la misma perseguidos, y C), los intentos españoles de fijar sus principios fundamentales, apoyándome sobre todo en las nuevas orientaciones germánicas, en las Contestaciones de los especialistas españoles a los Cuestionarios de oposiciones y en los artículos o trabajos de nuestras Revistas. No utilizaré el monumental *Código civil*, cuyo texto definitivo, desenvuelto en seis libros y 3.000 artículos (1), acaba de aprobar el Rey de Italia y Albania por Real Decreto de 16 de marzo (*Gazzeta* del 4 de abril), en atención a que el título primero del libro 6.º (De la tutela de los derechos), dedicado a la transcripción, representa un estudio del progreso hipotecario, superado por nosotros hace ochenta años, y tampoco me detendré, por la misma razón, en el examen de las modestas reformas llevadas a cabo en Francia por el Decreto-ley de 30 de octubre de 1935 para extender el alcance del régimen de publicidad inmobiliaria, iniciar el principio de legalidad y fijar los plazos dentro de los cuales han de ser transcritos los documentos.

A) Los ataques dirigidos por la escuela del Derecho libre contra la dogmática conceptualista, que culminaron en la campaña de la revista profesional *Die Justiz*, fueron reproducidos por los directores espirituales del nacionalsocialismo: los juristas saben de todo y no entienden de nada, viven en un mundo dialéctico sin contacto con la

(1) 2.969 de los seis libros y 31 del que llamamos título preliminar sobre las fuentes del Derecho.

realidad, emplean tablas de logaritmos y tratados de ecuaciones diferenciales cuyo manejo ignora el pueblo.

La *Revista de Legislación y Jurisprudencia* ha publicado un estudio del profesor de la Universidad Central D. Nicolás Pérez Serrano, que, con referencia a la antítesis Derecho de juristas y Derecho popular, hace las siguientes observaciones: la honda transformación política y social de la Alemania moderna revisa los conceptos y las instituciones para armonizarlos con la conciencia popular y recoge la tradicional antipatía contra los juristas que Lutero condensaba en la frase "jurista, mal cristiano", y que llevaba a los campesinos en la guerra de la Reforma a pedir la supresión de todos los Doctores en Derecho. Schlegelberger publica en 1928 una monografía sobre la racionalización de las Leyes, lamentando su falta de popularidad, su complicación y multiplicidad de autocitas, su lenguaje abstracto. Nipperdey afirma en 1938 que la renovación del Derecho debe plantearse como problemas preeminentes los de su forma, estilo y popularidad. En la misma línea de pensamiento, Gauweiler señala como la primordial misión del Derecho en el momento nacionalsocialista, la de condensar con claridad la voluntad colectiva y formular las normas que respondan a las necesidades vitales del pueblo y a los cinco valores sustantivos: raza, suelo, trabajo, imperio y honor. Pero sobre todo la crítica se agudiza con Freisler, que pone de relieve el divorcio entre comunidad y Derecho, entre los Tribunales y el pueblo, que hablan distinto idioma, y con Lange, que atribuye a los judíos esta escisión entre Ciencia y Vida, y el haber asentado la doctrina en la atmósfera irrespirable de la teoría general del Derecho, más allá del pueblo y fuera del Espacio y del Tiempo.

Por su parte, la técnica hipotecaria se prestaba con sus refinamientos a estas censuras. Los conceptos escrupulosamente analizados, las construcciones jurídicas, los principios orientadores, los sistemas ideados y hasta las finalidades puestas de relieve por el legislador y el intérprete no habían penetrado en la conciencia popular ni en la inteligencia de muchos profesionales. Veámoslo brevemente en un problema fundamental: la transferencia abstracta de la propiedad inmueble.

Como consecuencia de la profunda separación que la técnica alemana establecía entre los derechos reales y los derechos personales y de los violentos ataques contra la teoría del "título y modo" dirigidos por los jurisconsultos de mayor renombre, desde Savigny hasta Wins-

cheid, el Código civil alemán ordena los negocios inmobiliarios según su propio fin: constituir, gravar, transferir o extinguir los derechos sobre fincas, separándolos de los motivos jurídicos (venta, permuta, etcétera) que los provocan y legitiman, para no oscurecer las relaciones dominicales y poner en peligro la seguridad de las transacciones. Se presentan así, a la consideración del intérprete, tres momentos principales en las transmisiones voluntarias *intervivos*:

- a) La causa más o menos explícita.
- b) El acuerdo de transferencias (Einigung).
- c) La inscripción.

El orden en que aparecen a la vida exterior es indiferente. Si se trata de una compraventa, el *contrato* engendrará las obligaciones de entregar cosa y precio, el *acuerdo* pondrá de relieve la voluntad de transferir y adquirir la finca, y la *inscripción* cerrará el ciclo transmisivo. Pero también es posible constituir en el Registro una hipoteca en garantía de cierto préstamo que no se perfecciona hasta más tarde.

Los efectos reales perseguidos, que nacen y viven con independencia de la causa, van íntima y esencialmente unidos a los dos momentos últimos (acuerdo e inscripción), cuya concurrencia es necesaria por haberse desechado el principio de la llamada *sustantividad* de los asientos del Registro.

En su consecuencia, la propiedad no se transfiere inmediatamente con el nacimiento de la obligación contractual, ni sigue su destino, sino por la amalgama del acuerdo transmisivo abstracto (*sine causa*) que no engendra créditos ni titularidades reales, con el cumplimiento formal de un acto entre administrativo y jurisdiccional que, por sí solo, tampoco crea obligaciones ni derechos perfectos. De suerte que al mismo tiempo que se destacaba y hacía independiente el acuerdo real, de la obligación causal, se le unía íntimamente con la inscripción para formar un tipo híbrido que provocaba la transferencia inmobiliaria.

Las construcciones jurídicas del acuerdo transmitivo (*Auflassung*) se sucedieron desde el primer momento; para Bruck no era ni contrato ni negocio jurídico, porque no producía efectos sustantivos; pero hasta llegar a la concurrencia de voluntades, estaba sometido a las reglas de capacidad, representación, etc.; para Eccius no es un momento del pago ni una disposición condicionada por el asiento futuro, sino un acto que adquiere plenitud con la inscripción; para Stemmer sólo existe el contrato cuando la doble manifestación de voluntad constituye

una sola declaración a la que la ley otorga plenos efectos, y como aquí no se dan tales características, debemos reconocer que estamos en presencia de una tercera figura formada por el acuerdo y la inscripción: para Flossmann la sanción otorgada por el ordenamiento jurídico a la manifestación recíproca de voluntades con ánimo de producir efectos jurídicos, puede depender de requisitos y momentos ajenos a la actuación de las partes contratantes, y, por lo tanto, la *Auflassung*, en su amplio sentido, es el contrato real de transferencia de inmuebles germánico, completamente independiente de las relaciones obligatorias que lo provocan y configurado por un acuerdo de voluntades, unido a la inscripción respectiva, y, en fin, para el más conocido entre nosotros, después de la traducción de Pérez y Alguer, el hipotecarista Wolff, acuerdo e inscripción son momentos necesarios para ciertas modificaciones inmobiliarias, forman un negocio jurídico y más precisamente un negocio de disposición contractual, real y abstracto.

No cabe negar que esta conquista de la ciencia hipotecaria fué vivamente atacada por algunos juristas y recibida con antipatía por el pueblo alemán. Sobre este particular, es digna de mención la coincidencia que en otra ocasión he señalado entre el Sr. Jiménez Arnau y el profesor danés Vinding Kruse. "A través de la evolución de la *Auflassung* y de los concienzudos y prolijos estudios de la ciencia jurídica alemana, dice el primero, se ha llegado a la distinción en los fenómenos que rodean la transmisión de la propiedad, de tres momentos o elementos, que una *imaginación meridional* difícilmente puede llegar a entender." "Para privar de efectos reales al acuerdo de voluntades y dar el máximo valor constitutivo a la inscripción, no hace falta imaginar tres estadios en la producción del auto traslativo, porque igualmente se podían imaginar tres mil ..." (1). "Todavía escribe el segundo (2), más pesada, y para una *imaginación nórdica* más artificiosa, resulta la regla o principio del consentimiento que exige una doble declaración sustantiva, de titular y adquirente, y un consentimiento formal de inscripción. Como ésta debe ser solicitada del Registrador, en realidad se necesitan para transmitir el dominio tres declaraciones abstractas de voluntad (acuerdo, consentimiento de inscripción y presentación) (3), cuyos nombres emplea el pueblo, sin enten-

(1) Trat. de leg. hip., I, 28.

(2) V. mi estudio sobre el Tinglysning danés, publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, I, núm. 3.

(3) *Einigung, Eintragungsbewilligung, Antrag*.

derlos casi, a modo de palabras mágicas, en fórmulas compendiosas que abren las puertas del Registro." "Muy sutiles separaciones pueden idearse entre el cielo y la tierra; pero en una ciencia práctica como la jurisprudencia es absurdo poner de relieve diferencias que en la vida sólo se dan en casos excepcionales."

Desde el advenimiento del nacionalsocialismo al Poder, los ataques se multiplican: Lange, en sus estudios sobre "Suelo, mercancía y dinero", Vieacker al registrar los cambios en la constitución de la propiedad, Stoll en "Vertrag und Unrecht", Heck en un trabajo sobre el negocio real abstracto, y hasta los mismos filósofos del Derecho. Binder y Dulckeit, con ocasión de exponer más amplios conceptos. Y por un fenómeno dialéctico que con frecuencia se observa, las nuevas opiniones son proyectadas sobre la vida griega y romana de hace dos mil años por Simonetos, que en el "Homenaje a Streit" se manifiesta contra las tendencias a introducir en el futuro Código civil griego el contrato real abstracto y en el "Homenaje a Koschacker" repite que esta construcción era ajena al Derecho antiguo y contradecía al pensamiento jurídico griego; así como por Kunkel, que al publicar la segunda edición del Derecho romano de Jörs (cuya traducción al castellano apareció en 1937), altera radicalmente el texto de la primera: "El Derecho romano clásico no conocía tal contrato real abstracto; se veía en la *traditio* solamente el acto transmisivo de la posesión efectiva, al cual daba la significación de transferencia, la causa subyacente." En la misma dirección marchan los estudios sobre la *justa causa traditionis*, inmediatamente posteriores a los que el profesor de esta Facultad, D. Ignacio Serrano, dió a conocer en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO el año 1934. La materia, en verdad, es difícil, porque nuestra ciencia, al plantear y resolver los problemas de transmisión de la propiedad, se mueve en planos que no se cortan: obligaciones, derechos reales, posesión e inscripción, y, sin embargo, se influyen, atraen y polarizan en términos que no acertamos a coordinar. "Quien observa las cosas, dice Stintzing (1), tal como en realidad se desenvuelven, advertirá que casi nunca existe un acuerdo explícito sobre la transferencia de la propiedad." "El acuerdo se confirma por la actuación de las partes interesadas." "A pesar de todo, es equivocado afirmar que no hace falta. El tránsito de la obligación de enajenar a la enajenación misma, del crédito a la adquisición

(1) *Die Uebertragung*, Leipzig, 1911. pág. 8

necesita un precedente volitivo. Si el contrato de enajenación produjese inmediatamente la transferencia, el derecho de retención se transformaría en un derecho de prenda. Y, al contrario, el comprador que recibe el género enviado nada ganaría con su disponibilidad."

"El Derecho francés y el inglés, al preceptuar que la propiedad se transfiere con el contrato de enajenación, necesariamente lo consideran como acto transmissivo, viendo con el convenio obligacional un *constitutum possessorium*, o dejando pasar, por virtud del contrato de enajenación, las acciones dominicales; de otro modo no se llegaría a la transferencia de la propiedad. Debe advertirse, además, que ambos ordenamientos no permanecen fieles al principio de transmisión cuando regulan el derecho de persecución, ni cuando confieren al segundo comprador de buena fe que haya recibido la cosa una prelación sobre el primero."

El valor de estas reflexiones adquiere en el régimen hipotecario excepcional importancia, porque el acto registrable ha de ser simple para facilitar la calificación, prueba e inscripción, ajustarse al tipo de derecho real creado, modificado o transmitido para asegurar el paralelismo entre realidad y asiento, evitar las causas de resolución, impugnación y nulidad que se cobijan en el juego de las obligaciones, señalar los cauces dentro de los que ha de moverse la buena fe del adquirente y recibir el bautismo real en el momento de nacer en los libros hipotecarios.

Por eso no se ha hecho esperar la reacción, y el especialista Triebel, en el segundo de los opúsculos dedicado a la legislación de casos muebles e inmuebles por la Academia para el Derecho alemán, después de repasar los ordenamientos inmobiliarios de 26 Estados europeos, concluye con las siguientes afirmaciones:

1.^a Hay que permanecer fieles al vigente sistema hipotecario sobre los principios de inscripción, determinación, fe pública y calificación del negocio real.

2.^a Hay que negar también el apoyo de la fe pública registral al que ignorara la equivocación de una inscripción por grave y propia negligencia.

3.^a Debe ser regulada como transferible la acción conferida para rectificar asientos, de suerte que el nuevo acreedor pueda reclamar su propia inscripción sin necesitar la intermedia del cedente.

El mismo Lange, en otra ponencia de la Academia, reconoce que existen casos (inmoralidad, ilegalidad, simulación, reserva mental o

intención, falta de seriedad, error inexcusable, contraprestación equivalente) en que el enajenante no merece protección especial por ser culpable o tener conocimiento del vicio de la transferencia, con lo cual se achica el ámbito de las contradicciones entre las consecuencias del contrato causal y las del acuerdo abstracto.

Por su parte, Heck y Manigk se presentan como campeones de la llamada Parte General del Derecho civil y de la utilidad de los conceptos cuando no se exagera su alcance (1).

En fin, Frank, Ministro del Reich y Presidente de la Academia, a quien se debe la actual organización de la Escuela Técnica Superior de Munich, ha pronunciado en 1940 y 1941 dos discursos sobre la Técnica del Estado, que han sido unidos estos días en un folleto de propaganda, donde en sustancia se viene a decir: cuando se para mi reloj no se lo entrego a un aficionado ni cuando se estropea mi coche llamo al primer transeunte para que lo arregle, sino que busco un relojero práctico o un chófer entendido a quien encomendar la tarea. La técnica está, pues, reivindicada.

Para nosotros, el problema que nunca ha presentado caracteres agudos es de solución mucho más fácil, en primer lugar, porque la técnica conceptual y constructiva española se halla en mantillas y ni siquiera sospechaba las exageraciones teóricas a que se llegó en Alemania; después, porque el documento público, o mejor dicho, la escritura notarial, de gran predicamento, se apoyaba constantemente en las relaciones obligacionales, sin dar gran relieve al acuerdo de transmisión ni a la autorización para inscribir ni al nacimiento del derecho real, todo lo cual le parecía, como la tradición, una consecuencia natural del otorgamiento; y, en fin, porque no obstante la definición del art. 1.445 del Código civil, se veía en la compraventa, más que un contrato consensual, poderoso instrumento de tráfico que permitía vender la cosa ajena, futura o fungible, un título de adquisición: se compraba la finca, la silla, el aparato de luz, no la obligación de que se nos entregara la cosa. No estamos, por lo tanto, muy distantes del mecanismo de la tradición a que vuelve sus ojos Hermann Krause en el estudio publicado, en el Archivo para la práctica civil—1939—, sobre el principio del acuerdo transmisivo y la nueva configuración del derecho de cosas.

* * *

(1) V. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 154, páginas 187 y siguientes.

B) Los fines perseguidos por el Derecho inmobiliario a mediados del pasado siglo, aparecen con meridiana claridad en el preámbulo del Real decreto de 8 de agosto de 1855, que mandó formular el proyecto de Ley Hipotecaria, al poner de relieve los vicios del ordenamiento entonces vigente. Se trataba de garantizar suficientemente la propiedad, ejercer saludable influencia en la prosperidad pública, asentar en sólidas bases el crédito territorial, arbitrar la circulación de riqueza, moderar el interés del dinero, facilitar su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble y dar la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales.

Medio siglo después, la exposición de motivos del Código civil suizo todavía se hacía eco de estas tendencias y esperaba del régimen inmobiliario moderno una constitución más segura, una publicidad más efectiva y una mayor movilización de los derechos reales.

Aunque tengo poco de profeta, llamé la atención en el cursillo que hace veinte años di en la Real Academia de Jurisprudencia sobre las consecuencias de estas poderosas corrientes que mercantilizaban la tierra y la convertían en moneda acuñada para que circulase vertiginosamente, producían el endeudamiento progresivo, así como la especulación sobre solares y fincas y provocaban la reacción de los reformistas agrarios, hoy reflejada en los postulados del nacionalsocialismo.

En uno de los últimos opúsculos de estudio y propaganda publicados por el Secretario de Estado, Dr. Roland Freisler, nos presenta como figuras jurídicas fundamentales del pensamiento liberal la *personalidad*, sin raza, ciudadanía ni vida, el *contrato libérrimo* y sin dimensiones sociales y el *dominio vertical* del hombre sobre las cosas, absoluto, ilimitado y solamente referido a las obligaciones de los demás para cubrir apariencias técnicas. Frente a esta concepción el nuevo derecho se forma alrededor de la *comunidad* como punto de cristalización, cuyas características son: a) organismo esencial con organización formal; b) el honor como núcleo personal; c) enlace racional de cada comunidad con la nación; d) íntimo sentimiento de la convivencia, no mero mecanismo, y e) polaridad creadora en la que surge la personalidad. En la trayectoria del pensamiento germánico satisface a las exigencias del imperativo categórico kantiano, del deber según Fichte, del pensamiento federiciano (ser el primer servidor del Estado), del ideal militar de Clausewitz y del postulado nacionalsocialista: la utilidad común antes que la propia.

Desde estos puntos de vista apenas si podemos percibir un denominador aplicable a todas las clases de propiedad: las normas relativas a la constitución, transferencia y ejercicio de los derechos dominicales serán diferentes según se trate de propiedades familiares, fábricas o establecimientos industriales, bloques de viviendas, muebles domésticos, mercancías o dinero. Respecto de las primeras se llega a verdaderas vinculaciones, mayorazgos o minorazgos, que se regulan como tipos *atractivos* para dar estabilidad a la familia, unir íntimamente al agricultor con el campo, evitar el éxodo de la aldea a la ciudad y los inconvenientes del absentismo, desenvolver el honor labriego y dar energía a las asociaciones rurales. La lucha sobre todo se traba contra la pulverización de los predios, resultado inmediato de las particiones hereditarias a base de igualdad, contra el egoísmo del acreedor abroquelado en las leyes de apremio y ejecución, y contra el superendeudamiento provocado por el abuso del crédito hipotecario.

Esta perniciosa consecuencia del maravilloso funcionamiento del sistema inmobiliario, que en parte ha sido atenuada por la caída del marco, se ha dejado sentir también en Suiza, donde la Ley de 12 de diciembre de 1940 somete los predios agrícolas a un régimen especial que restringe la libertad de los dueños, al mismo tiempo que les ayuda a liberarlos de los gravámenes hipotecarios. En los últimos ochenta años el endeudamiento del suelo había pasado desde 675 francos a 4.000 por hectárea y en muchos casos el valor de la carga no quedaba a cubierto por los rendimientos calculados.

Lejos de considerar como un ideal en el derecho de cosas la velocidad en las transmisiones de inmuebles y la afluencia del dinero a las tierras, se estima necesario unir la sangre al suelo, frenar las especulaciones sobre la nodriza de la comunidad, alejar el dinero insaciable y maldito de las tranquilas y solemnes labores agrícolas, reducir las cargas vigentes y limitar la constitución de las futuras.

Corolario inmediato de estos postulados parece que debiera ser el cierre de los libros hipotecarios, toda vez que de un lado el *Erbhof* (patrimonio inembargable) se extiende como mancha de aceite y, apoyado sobre la posesión, no necesita casi del Registro, y de otro los préstamos se apoyarán en garantías asociativas o solidarias; pero los comentarios a la Ordenanza hipotecaria, en la redacción hitleriana de 1.º de abril de 1936, discuten, sin grandes aspavientos, el encaje de la Ley de 29 de septiembre de 1933 en el sistema, así como las in-

terferencias de la *lista de patrimonios* en ella regulada con las descripciones del Registro, y los autores afirman que los libros continuarán en la misma forma y con la misma trascendencia.

* * *

C) Las poderosas corrientes nacionalsindicalistas que han puesto en movimiento los 26 puntos de la Falange Española y Tradicionalista y que han vivificado el Fuero del Trabajo, corriendo por los mismos cauces, ponen la riqueza al servicio del pueblo y subordinan la economía a la política.

Todos habéis estudiado en el concienzudo comentario de vuestro catedrático D. Ignacio Serrano las profundas modificaciones introducidas en el concepto de la propiedad privada que el Estado español reconoce y ampara como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales, la ordenación del crédito en forma que, además de atender a su cometido de desarrollar la riqueza nacional, contribuye a crear y sostener el pequeño patrimonio agrícola, pesquero, industrial y comercial, el preferente valor de la honorabilidad y la confianza, basadas en la competencia y en el trabajo, como garantías que deben desplazar a la hipotecaria o pignoratícia y, en fin, la implacable guerra declarada a todas las formas de usura.

¿Cuál es la posición ideológica adoptada por los hipotecaristas españoles frente a estos radicales principios?

En la conferencia con que el día 4 del pasado mes de marzo se inauguró el Centro de Estudios hipotecarios, su director, D. Aurelio Rodríguez Molina, expuso una nueva posición doctrinal en el estudio del concepto del Derecho inmobiliario, que vamos a resumir. Al introducir esta terminología, D. Bienvenido Oliver apoyaba el Derecho inmobiliario sobre tres proposiciones fundamentales: es una parte del Derecho civil, regula los derechos constituidos sobre la cosa raíz y se inspira en principios peculiares. Para el conferenciante lo más típico de la novedad fecundante de la Ley de 1861 consistía en la *legitimación* de las adquisiciones onerosas derivadas del titular inscrito, a la cual subordina el sistema de publicidad y el dispositivo legal encaminado al desarrollo del crédito.

Hace veinte años que intenté llamar la atención de nuestros espe-

cialistas sobre el pensamiento que Rudolph Sohm había esbozado en una publicación compendiosa editada a principios del siglo por Hinneberg bajo la rúbrica *cultura actual* (*Die Kultur der Gegenwart*) y en donde aparecen las líneas directrices de la legitimación. Según sus términos, en la adquisición a título derivativo, solamente el acto dispositivo del verdadero titular (dueño o acreedor) es por sí mismo válido. Pero esta norma resulta inadecuada para el tráfico, porque el adquirente no se halla siempre en condiciones de comprobar las facultades dispositivas de su *auctor*. El derecho romano acudió en auxilio del adquirente, completando la regla con el instituto de la prescripción, que, a su vez, es incompatible, por el tiempo y los requisitos que exige, con la celeridad, seguridad y sencillez de las modernas operaciones. De aquí, las actuales tendencias a conceder ventajas al adquirente de buena fe frente al verdadero propietario, a prescindir de los plazos de prescripción y a asegurar el *comercio* a costa de la *propiedad*, tendencias cuyo coronamiento se encuentra en el principio de legitimación adoptado por el Código civil alemán.

Legitimación no equivale a poder legítimo de disposición, pero lo sustituye otorgando validez al negocio transmisivo del titular aparente con cargo al verdadero dueño. Esta *apariencia legitimadora* o prueba suficiente de titularidad se encuentra en la inscripción registral, en la posesión de muebles, en el cobro indiscutido de intereses o créditos, en el heredero aparente, y favorece al que trata de buena fe con la persona inscrita, con el *non-dominus* poseedor, con el acreedor que clandestinamente ha cedido su crédito o con el sucesor excluido de la herencia. Para el Código civil y la economía monetaria, parte esencial de la cultura del siglo XIX, la *legitimación* es mejor y más fuerte que la *pertenencia* o titularidad efectiva, y los intereses del cambio y del comercio superiores al de mantener en todo caso a cada uno en su propio derecho.

Las doctrinas de Sohm responden, por lo tanto, y así lo repite el ilustre romanista, a las exigencias de la economía entonces predominante y hoy, no necesito advertirlo, en crisis. El Sr. Rodríguez Molina se hace cargo de que los legisladores de 1861 se hallaban vinculados a un desarrollo económico liberal y busca la concepción permanente del Derecho inmobiliario en su objeto (los inmuebles) y en la actividad consciente del Estado sobre los mismos. La finca, dice, es parte del territorio y éste uno de los dos elementos integrantes (terri-

torio y población) de toda soberanía (1). Pero como estas frases reflejan más bien la doctrina fundamental de la política democrática que los tormentosos conceptos *suelo* y *raza* (*Boden und Blut*) del nacional-socialismo, hemos de contentarnos con la afirmación un poco vaga de que el Registro inmobiliario desenvuelve sus funciones de publicidad adaptándolas al ideal económico-jurídico de regulación de la propiedad inmueble que se profese (2).

Uno de los más originales pensadores del Notariado español, don Antonio Vázquez Campo, ha publicado, bajo el título "Derecho de fincas", un profundo estudio que nos aproxima con mayor decisión al terreno en que se mueven las aspiraciones revolucionarias de nuestro tiempo. El signo económico que presidió la formulación del Derecho en los inmediatamente anteriores, nos ha llevado a identificar el interés jurídico y el valor económico, atendiendo tan sólo a la valoración de los objetos (*Wertprincip*), cuya comercialidad se coloca en primera línea. Por lo que toca a la propiedad inmueble, la apasionada tendencia legislativa del pasado siglo a transmitir rápidamente y gravar con facilidad los medios, olvida lo que la madre tierra es en sí: los juristas pierden el suelo que los economistas ganan. Contra el sistema inmobiliario capitalista así construido de un modo particularista, reacciona hoy la propia Economía, que, atendiendo con preferencia al interés general, apoya su desenvolvimiento en una política totalitaria.

En verdad, la reacción que se acusa contra la desviación económica del Derecho es la resultante de dos fuerzas distintas: una aspiración económica de planificación en provecho de todos y una vocación del hombre que ama la tierra y reconoce su noble destino.

De ellas resulta un nuevo derecho de propiedad preñado de deberes que, desde el punto de vista subjetivo, corresponde al dueño por formar parte de la Comunidad (crisol donde se funden el amor y la fidelidad con el poder y la sumisión) y que por virtud de una armonía misteriosa se desenvuelve frecuentemente en una atmósfera de intereses coincidentes ("Mientras parece que jugamos, dice el autor traduciendo a Manigk, servimos a la patria").

Partiendo de estas premisas se anuncia que el Registro jurídico de

(1), (2) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 167, que contiene el extracto de la exposición del Director del Centro de Estudios Hipotecarios, conocido ya por el conferenciante.

fincas resistirá, con escasas desviaciones esenciales, la adaptación al nuevo orden inmobiliario y, que el principio de publicidad evolucionará hacia la substantividad en la legitimación, no para dar seguridad al tráfico, sino simplemente porque *la Comunidad es parte*. La frase resulta oscura y la forma en que los principios de inscripción forzosa, consentimiento más o menos abstracto, publicidad protectora del tráfico, prioridad registral y demás características del sistema hipotecario van a conjugarse para fomentar una propiedad que se perpetuará en las familias, no será enajenable ni embargable y huirá del dinero como de maldición divina, tampoco aparece con claridad. Ciertamente es que el autor, al mismo tiempo que declara con frase precisa que "la especulación inmobiliaria contraría al natural destino de las fincas", "subvierte el proceso de explotación" y "desvía, en fin, al propietario de la Empresa que la Comunidad le encomienda", desenvuelve, con indiscutible originalidad, las construcciones jurídicas denominadas "autogarantía real" y "cura objetiva", que, de un lado, elevan a cada finca o grupo de fincas a la categoría de Empresa, limitando el campo de la ejecución forzosa y restringiendo el principio de la libre creación de los derechos reales de garantía, mientras, por otra parte, aseguran la presencia de la Comunidad en la actuación jurídica privada y anuncian la creación de órganos fiduciarios que funcionarán en horizontes cada vez más amplios: aprobación de planes de explotación, de fraccionamiento y agrupación de fincas, admisión tasada de responsabilidades, creación de unidades de cultivo, patrimonios familiares y consorcios urbanos y agrícolas de carácter forzoso, prelaciones de adquisición y retractos...

Frente a estas geniales visiones palidecen las respuestas que D. Enrique Giménez Arnau (cuya participación en el Movimiento Nacional todos conocemos) y D. Ramón María Sastre (profundo investigador del Derecho hipotecario) dan al último punto del cuestionario de Notarías, forzados sin duda alguna por la anacrónica redacción del tema: "El crédito territorial y la movilización de la propiedad inmueble. Supuestos de la reforma. Necesidad y ventajas de la misma."

Alejado de estas hondas preocupaciones que los 26 puntos de Falange y el Fuero del Trabajo colocan en primera línea, el Sr. Carazony Licerias, Registrador cien por cien, vuelve de nuevo a la idea de los privilegios que la Legislación Hipotecaria confirió al titular inscrito dentro del Derecho civil y a los privilegios procesales que la refor-

ma de 1909 condensó en el art. 24 (la inscripción tiene la eficacia de una sentencia en pleito de tercería), en el art. 29 (el juicio ejecutivo hipotecario elimina las excepciones más importantes del regulado en la Ley de Enjuiciamiento civil) y, sobre todo, en el art. 41 (marcha paralela de Registro y realidad). Para el autor del trabajo a que aludimos (1) ni el primitivo art. 41 (texto de 1909) ni el vigente (modificado en 13 de junio de 1927) son adecuados al privilegio procesal que el titular inscrito debe ostentar para el goce y disfrute de los bienes registrados.

La magna cuestión de si la presunción de posesión a favor del titular es *juris et de jure* (incontrastable) o *juris tantum* (subordinada a la prueba en contrario) carece en la actualidad de finalidad práctica, porque la presunción de poseer ha cedido su lugar a la indiscutible presunción de un mejor derecho a poseer, con la que basta y sobra para la eficacia registral, si contáramos con un procedimiento privilegiado. En busca de una solución a este problema, el Sr. Carazon y estudia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ahora cerrada en la Sentencia de 4 de marzo de 1941, a cuyo tenor el art. 41 de la Ley hipotecaria favorece al titular con una presunción posesoria que sólo cede cuando se la impugna en la forma que prescribe el 24, y que mientras subsista, legitima el ejercicio de las acciones encaminadas al mantenimiento y reintegro de la posesión. Pero como el procedimiento del artículo 100 del Reglamento hipotecario no termina con un lanzamiento efectivo del contumaz, y como el desahucio por precario, con apelación en ambos efectos ante la Audiencia Territorial y recurso de casación ante el Supremo es amplio, largo, costoso y, en la mayoría de los casos, operante contra precaristas de notoria insolvencia, se impone la conclusión siguiente: "Debe reformarse el art. 41 de la Ley hipotecaria y el procedimiento para hacerlo eficaz."

La detenida lectura (que bien lo merece) del trabajo en cuestión pone de relieve una serie de matices del fenómeno posesorio que acreditan la complejidad o confusión de la materia y justifican las dudas surgidas: posesión jurídica, simbólica, material, real, física, de hecho, judicial, ficta, presunta, tabular, civil, derecho a poseer, precario, mejor derecho, tenencia... Y en rápida consideración aparecen también con límites borrosos los mecanismos legales de protección: reivindicatoria,

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 164.

interdictos, desahucios, jurisdicción voluntaria, procedimiento hipotecario, auxilio de la autoridad competente.

9 Precisamente porque estas confusiones se derivan de la misma *naturaleza de las cosas*, y no de los deficientes conocimientos de los expositores, ha surgido en las naciones escandinavas una poderosa corriente de opinión, en la que figuran jurisconsultos eminentes (Torp, Hambro, Scheel, Undén y Vinding Kruse), enarbolando la bandera de una reforma radical que principia por estimar que la celeberrima distinción de Paulo sobre los elementos de la posesión (*corpus et animus*) es un producto conceptualista que no refleja las realidades sociales, y concluye afirmando que la doctrina de Savigny sobre el señorio de hecho, así como la de Ihering sobre la apariencia de propiedad, deben ser sustituidas por un sistema que desenvuelva las relaciones de posesión y dominio, o mejor, la *pertenencia* de las cosas, según nos aparecen en la vida real, porque no es lo mismo la situación protegible por las leyes de policía, que la sancionable con arreglo a las leyes penales, ni podemos tratar de igual modo al que viene utilizando los pastos de un monte elevado, que al labrador que ara y cultiva, ni éste puede ser equiparado al que deseca un terreno pantanoso o riega una zona esteparia.

Frente al Registro de la propiedad moderno, y mucho más frente a un sistema como el nuestro que no se apoya en el Catastro, ni funda las descripciones en datos auténticos, ni a veces menciona la medida probable, ni archiva planos, ni tiene relaciones con otras oficinas de identificación, mantendrán su imperio para decidir las diarias discusiones sobre fijación de linderos, corrimiento de mojones, determinación de medidas superficiales, pertenencia de construcciones, accesión de terrenos, utilización de servidumbres, cesión de fajas asurcanas, derechos de vecindad, etc., otros elementos probatorios gráficos (planos y proyectos de obras públicas), fiscales (diseños catastrales, declaraciones hechas a la Hacienda, recibos de contribución), concesiones administrativas (para ganar o aprovechar terrenos), escrituras notariales, juicios de división, deslinde y amojonamiento, apeos y prorratcos, etcétera, fortalecidos por el respectivo uso y disfrute.

Y no hablemos de la falta de enlace procesal directo entre las acciones dominicales y las situaciones legítimas de utilización. A nadie medianamente versado en estas cosas se le ocurre que con la enajenación de su casa o con el triunfo del reivindicante sobre el poseedor,

puedan ser lanzados, sin otro requisito que el de la inscripción, los inquilinos actuales, o que el pleito de reivindicación pueda ser seguido contra los que sólo se apoyan en la tenencia arrendaticia de sus pisos y están dispuestos a pagar sus rentas al vencedor.

Todo ello nos demuestra que es necesario poner en el telar los antiguos conceptos y estudiar pacientemente materias (como las llamadas posesión tabular y prescripción *contra tabulas*) apenas desbrozadas en nuestra técnica hipotecaria.

* * *

Con esto podría dar por terminada mi desaliñada exposición de los problemas capitales del momento si no creyera deber inexcusable el llamar la atención de todos los que generosamente me la prestan sobre los gravísimos problemas que la realidad nos plantea y a los que en un índice final voy a aludir.

El Derecho inmobiliario español se encuentra en el momento actual con temas que casi deben resolverse en atrevidas y sencillas disposiciones antes de ser estudiados a fondo: el alcance y contenido de la legislación agraria, la tutela del domicilio, del taller y del comercio, el patrimonio familiar, los tipos de economía mixta (concesiones administrativas, explotaciones de grandes vuelos, sindicación agraria y colonización interior, reconstrucción de fincas, solidaridad y colaboración de los titulares, moratorias, implantación del *Codex juris canonici*, parcelación coactiva, simplificación del mecanismo de la publicidad (*numerus clausus*, encasillado), identificación de fincas (por medio de la fotografía aérea), la reconstitución de registros, etc ..

Pero con suma cautela han de enfocarse las cuestiones que afectan al crédito hipotecario propiamente dicho, para no destruir esta fuente de riqueza. Convendría robustecer, abaratar y desenvolver las formas de la garantía territorial, regulando la hipoteca de amortización y al portador aplicable a las grandes empresas (ferrocarriles, canales, minas, puertos, riegos, pantanos, saltos, etc); pero acaso habrá que configurar tipos crediticios más *humanos* para atender a las necesidades de la agricultura y, sobre todo, facilitar las cantidades indispensables al labrador que carezca de semillas, abonos y máquinas sin gravar directamente la tierra.

JERÓNIMO GONZÁLEZ

El artículo 816 del Código civil

"Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula y éstos pueden reclamarla cuando muera aquél, pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción."

ANÁLISIS

Contiene una declaración de nulidad con relación a *toda* renuncia, a *toda* transacción, no de legítima en general, ni siquiera directamente de legítima futura: en ambos casos lo hubiera expresado sin añadir la preposición *sobre*.

A nuestro juicio, se refiere a la renuncia o transacción verificada con la finalidad de perjudicar la legítima futura; por eso señala los efectos *especiales* que produce esa declaración de nulidad: poder reclamarla a la muerte del que la debe, pero con la obligación de colacionar lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción los herederos forzosos.

Debe suponerse que la renuncia o transacción han de ser permitidas por la ley, porque pueden dar ocasión a transferencia de bienes; únicamente así se concibe la obligación de colacionar, pues si la renuncia o transacción está prohibida por la ley, no sería legal la transmisión y además sobraba la declaración de nulidad.

También es preciso fijarse en la otra preposición *entre* el que la debe y sus herederos forzosos, o sea, que la dejación del derecho que supone la renuncia ha de ser por el que la debe o por los herederos forzosos y la transacción también entre éstos y aquél; esto es, ni en la renuncia ni en la transacción se supone la intervención de otras personas.

No puede menos de llamar la atención que pueda renunciar el que

la *debe*; esto supone una obligación, como tal irrenunciable, y esto corrobora lo anteriormente expuesto.

FINALIDAD

Al buscar en el Código una figura jurídica a la que pueda referirse el art. 816, no encontramos más que la del art. 811.

Sospechamos que el art. 816 es la "reglamentación" o "desarrollo especial" que los comentaristas echaban de menos en el Código para culpar al legislador de sus vacilaciones y errores al interpretar el artículo 811.

FUNDAMENTOS

El descendiente a que se refiere el art. 811 puede morir sin adir la herencia del ascendiente o del hermano, y este derecho se transmite al ascendiente supérstite, que lo renuncia, conforme al art. 1.006 del Código. El art. 816 no es aplicable a esta renuncia, porque la finalidad del art. 811 se cumple y realiza por el orden de suceder del Código.

Pero si el descendiente muere después de adir la herencia, nace con el derecho de los reservatorios la obligación de reservar. En lo sucesivo denominaremos "legítima futura" a ese derecho sobre los bienes que el descendiente adquirió por título lucrativo y que por ministerio de la ley adquiere el otro ascendiente, con la obligación de reservarlos a favor de los parientes dentro del tercer grado y que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden: tiene todos los caracteres de legítima, pero no directa, sino derivada de la legítima del ascendiente (artículo 809) obligado a reservársela.

Ya Mucius Scaevola, tomo XIV, pág. 250, opinaba que esos parientes tienen un derecho legitimario, aunque futuro y condicional, desde el instante en que está creado y amparado por la ley; pero cometían el error de creer que el testador, que tenía la limitación de disponer del art. 763, era el descendiente, y es obvio que si la obligación de reservar nace con su muerte, después de muerto no puede testar.

Es una legítima que se deriva de la legítima del ascendiente y subordinada—por el respeto obligado a la del art. 809—a la muerte del ascendiente, por lo que, a nuestro juicio, tiene la patente exclusiva de futura y no condicional, por consistir la condición en ser *futura*.

A la muerte del descendiente, su herencia está yacente; si la renuncia el ascendiente, porque puede hacerlo (art. 988), como la obligación de reservar no se extingue, pues la renuncia no es causa de extinción de las obligaciones (art. 1.156), la herencia se difiere por el orden de suceder del Código; y pueden ser herederos los reservatarios—legitimarios futuros—o no, y hasta concurrir con otros, y aquí tenemos el primer caso de aplicación del art. 816, que declara la renuncia del ascendiente nula para evitar que los bienes sigan otra trayectoria que la prevista en el art. 811, para lo que les concede el derecho de reclamar su legítima futura a la muerte del ascendiente renunciante y con la obligación de colacionar los bienes que hubieran recibido y disfrutado hasta ese momento por el orden sucesorio normal. Esta finalidad persigue la declaración de nulidad: evitar que por un ardid de leguleyo vayan los bienes reservables a otro destino del prefijado por el art. 811 o “como solución para asegurar *en casos dados* la reversión de los bienes *inmuebles* al tronco donde proceden, *sin alterar por esto en su esencia el régimen sucesorio moderno*”, palabras del ilustre Presidente de la Comisión de Códigos, Sr. Alonso Martínez, citadas por Manresa en el comentario del art. 811, tomo VI, pág. 249.

Si el ascendiente acepta la herencia, ¿puede transigir? Aunque a primera vista parece que se opone el párrafo 2.º del art. 1.271 por el calificativo de legítima *futura* que damos a los derechos de los reservatarios, no creemos les alcance la prohibición, en primer lugar, porque no se trata de herencia futura la herencia del descendiente—origen remoto—; ya se supone aceptada y hasta adjudicada al ascendiente (puede estar) cuando se celebre la transacción.

No cabe duda, por tanto, que puede transigir, porque la ley no se lo prohíbe; pero la transacción es nula, con los mismos efectos que dijimos en la renuncia, porque el art. 816 vigila por el cumplimiento del art. 811.

Para llegar a estas conclusiones hemos procurado ajustarnos a las reglas que el sabio e inolvidable Sr. Sánchez Román nos dictaba. “El Código civil que, como Código, es una sola ley regida por principios de unidad, en la que todos los elementos, todas las manifestaciones varias que contiene, deben relacionarse, pues de otro modo el Código no sería Código, sino una mera recopilación de leyes”.

DOCTRINA CIENTÍFICA

El criterio que sobre lo que llaman "reserva del art. 811" exponen los más insignes civilistas, lo resume maravillosamente el ilustre Catedrático Sr. Valverde en el tomo V, pág. 237 de la tercera edición de su obra *Tratado de Derecho civil español*.

"La determinación nominal de la persona o personas que ha de suceder por el art. 811 no puede hacerse hasta después de fallecido el ascendiente obligado a reservar".

"Es preciso distinguir dos momentos en esta sucesión: uno, el de expectativa a la muerte del descendiente, en el cual todos los parientes dentro del tercer grado pueden estar interesados en ella y a todos les corresponde el tomar medidas convenientes para la seguridad y determinación de los bienes que han de reservarse, y otro, el de su efectividad y consumación, cuando muere el ascendiente obligado a reservar."

Nuestro criterio también se inspira en esa doctrina, pero prescindiendo del art. 816, llegan al absurdo de estimar como causas que extinguen la reserva del art. 811 "la renuncia expresa o tácita de los reservatarios", claro que en vida del reservista, porque después de muerto no se extingue por la renuncia, sino por la muerte, y "la incompatibilidad de las dos reservas, la ordinaria y la excepcional, pues habiendo hijos y descendientes del primer matrimonio con derecho a la reserva ordinaria, se desvanece el derecho que pudieran aducir los parientes del tercer grado a quienes se refiere el art. 811".

Vamos a presentar un caso práctico: El ascendiente reservista tiene dos hijos del primer matrimonio; muere uno y nace la obligación (reserva) del art. 811 y también la legítima futura a favor del otro hijo y un hermano del cónyuge premuerto; y éste, en uso del derecho que todos los comentaristas le reconocen, pide y obtiene que se haga constar en el Registro el carácter reservable de los bienes que adquirió el sobrino fallecido, de su ascendiente por título lucrativo y que se describen.

Posteriormente se casa el otro ascendiente (reservista del art. 811), y además de la obligación que tiene impuesta por el art. 811, se añade la de los arts. 968, si había recibido bienes por donación del cónyuge premuerto, y la del 969 a favor del otro hijo superviviente; y si, como

estiman casi unánimemente los civilistas, se *desvanece* el derecho de los parientes del tercer grado, se podrá pedir la cancelación de las notas marginales. Pues con todo el respeto y consideración que nos merecen, opondríamos los fundamentos siguientes para negarnos a la cancelación.

A) Porque si bien en las notas marginales no consta el nombre de los reservatarios, aparece del Registro, por el asiento de presentación que existe, por lo menos, un interesado que mientras no sea oído y vencido en juicio, tenemos el deber de amparar en su derecho, que puede ser el único que tenga derecho a los bienes al morir el reservista.

B) Que las palabras en que funda la petición, "además de la reserva impuesta en el art. 811, el viudo o viuda estará obligado a reservar", no significan más que otra obligación que contrae el ascendiente reservista del art. 811, pero perfectamente compatible con aquella mientras la ley no exprese lo contrario. Para ello sería necesario también que el derecho a los bienes reservables del art. 811 se fusionaran con los demás que constituyan el caudal relicto del hijo fallecido, que tampoco hay ley que lo disponga, y además, que el derecho sujeto a la condición suspensiva de la muerte del reservista, que tenía por el art. 811 el hijo superviviente, se consumara antes del hecho de que depende la condición, lo que también es contrario a la ley.

Y si se funda la petición de cancelación en la renuncia del otro hijo, posible, para los bienes de la reserva ordinaria de los arts. 968 y 969, por el art. 970, también nos negaríamos por los mismos fundamentos, y además, porque

C) Esa renuncia no afecta a los bienes reservables a favor de los parientes dentro del tercer grado que no han sido nominalmente señalados.

Todos los intérpretes miran el ámbito del art. 811 sólo desde el punto de vista de la reserva, sin fijarse que en toda legítima hay, además de la obligación de reservar, el derecho a una porción de bienes a favor de personas determinadas que llama el art. 806 herederos forzosos. Pues en el art. 811, además de la obligación de reservar impuesta al ascendiente, existe el derecho de los parientes dentro del tercer grado a la porción de bienes que el ascendiente heredó de su descendiente por ministerio de la ley; pero no todos, sino los que el descendiente había adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano. Y este derecho, que denominamos legítima futura, por-

que es la única que no se detrae de la herencia del obligado, sino de su legítima que ya tenía otorgada por el art. 809, es lo que nos ocultan con las denominaciones "Reserva Troncal", "Reserva Lineal", "Reserva Familiar".

Sin embargo, lo más lógico hubiera sido ver en el art. 811 la legítima que contiene y por ella calificarlo, pues su colocación entre las legítimas lo requiere. La palabra reserva equivale en el Diccionario a obligación, y lo mismo en el lenguaje del Código, y legítima, a derecho; así "constituyen la legítima de los hijos y descendientes", artículo 808. "Constituye la legítima de los padres o ascendientes", artículo 809, y más claro aún el art. 810: "La legítima reservada." Es cierto que el art. 811 no menciona la palabra legítima; pero tampoco la nombre el art. 812, y nadie duda que la contiene, si bien se la califica de reversión, lo mismo que el Sr. Alonso Martínez se expresa con relación al art. 811, según dejamos antes consignado.

Pues ahora veremos cómo se las compone el Sr. Manresa para convertir esa obligación: primero, en derecho, y después, en legítima.

Dice en la página 249 del tomo VI: "Por último, el art. 811 crea una reserva en favor de determinados parientes, como los artículos 968 y siguientes reconocen otra reserva en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio. Dicho art. 968 establece el enlace, la íntima analogía de una y otra institución con las palabras "además de la reserva impuesta en el art. 811, etc."

"El art. 811, como los dos que le anteceden, se ocupan de la *legítima del ascendiente*, imponiendo a dicha legítima una limitación, dándole un especialísimo carácter cuando en ella se comprenden bienes que el descendiente adquirió por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano. Los preceptos aplicables a las legítimas en general son, pues, aplicables también, en lo posible, a la legítima especial del artículo 811."

Ahora el comentario del art. 816, en la pág. 362: "El art. 816, copiado del 646 del proyecto de Código de 1851, como limitado a la legítima y a actos realizados entre los herederos forzosos y su causante, es nuevo en nuestra Patria."

En la pág. 363: "La legítima es una parte de la herencia futura; como tal, no pueden celebrarse sobre ella en vida del testador contrato alguno, ni entre el que la debe y sus herederos forzosos, ni entre éstos y otras personas." "Habla el artículo de renuncia o transacción sobre

la legítima futura; entendemos que la palabra *sobre* se refiere especialmente a la transacción." "En cuanto a la renuncia, ha de ser de la legítima o una parte de ella." "Cualquier renuncia de otro derecho o contrato relacionado con la legítima, en que el legitimario no se desprenda de parte alguna de su derecho condicional futuro, no encaja en el marco del art. 816."

Como no nos proponemos una crítica negativa, siempre fácil y estéril, nos limitamos a exponer los comentarios del Sr. Manresa en los puntos esenciales relacionados.

De lo expuesto se deduce que, o el Sr. Manresa no intervino en los comentarios de esos dos artículos, o no tomó parte en su redacción y colocación en el Código; ni una palabra acerca de ello, y era lógico esperar que como vocal de la Comisión algo dijera acerca de estos extremos.

¿Por qué el art. 811 se colocó al lado del 812? Los dos procuran una reversión.

¿Por qué el art. 816 se coloca en la misma sección y precisamente entre los que el Código dedica a que los derechos legitimarios se realicen, aunque el testador los desconozca en todo o en parte?

¿No es lógico suponer que dos artículos nuevos en el Código y que se refieren a las legítimas deben guardar alguna relación? ¿Es de creer que el art. 816 se copiara del proyecto de 1851 para ponerlo en contradicción con los arts. 990, 991, 1.271 y otros?

Pues, sin embargo, estos comentarios son los que han desorientado a los que, fiados en su prestigio, le han seguido inconscientemente. Nosotros procuramos contribuir a encontrar un criterio fijo que ayude a resolver las dudas que con frecuencia la práctica nos ofrece en la aplicación del art. 811.

LAUREANO MOREJÓN.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

ARANCELES NOTARIALES.—EN LAS ESCRITURAS DE CARTA DE PAGO Y CANCELACIÓN DE HIPOTECA NO PUEDEN LOS NOTARIOS COBRAR MÁS DE UN CONCEPTO. PERO ÉSTE PUEDE SER EL MÁS FAVORABLE, O SEA, EL DE CARTA DE PAGO. NO DEBE ACUMULARSE LA CANTIDAD FIJADA PARA COSTAS AL PRINCIPAL E INTERESES PARA LA REGULACIÓN DE LOS HONORARIOS.

Resolución de 31 de enero de 1943. "B. O." de 10 de marzo.

Interpuesto recurso de impugnación de honorarios por don D. R. V. por estimar exagerados los formulados por D. Ramón Más Algarra, Notario de Madrid, como sustituto, por imposibilidad accidental de su compañero D. Florencio Porpeta Clérigo, en una escritura de cancelación de hipoteca a favor del Banco Hipotecario, el Centro Directivo, después de examinado el informe de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid, como el brillante escrito de defensa del citado señor Porpeta, al que le rectifica ligeramente su minuta; pero sin imponerle sanción alguna, por estimar ha procedido de buena fe, ha declarado:

Que esta impugnación de honorarios plantea por primera vez el problema, al que no se refiere el impugnante, relativo a la forma en que deben regularse los derechos del Notario por la autorización de las escrituras de pago y cancelación de hipoteca, y que este Centro Directivo tiene declarado repetidamente en sus resoluciones—especialmente en las de 8 de junio y 30 de septiembre de 1935—que, si bien los notarios pueden tener en cuenta para el cobro de sus derechos la diversidad de actos contenidos en el documento autorizado, es con tal

de que no exista entre los mismos, por su intrínseca naturaleza, conexión o dependencia, ni se invoquen en favor de la duplicidad de conceptos los hechos y circunstancias que, como antecedentes de un contrato, expongan las partes o el Notario deba consignar en la escritura como necesarias para su validez, o para su inscripción, de no aparecer claramente de las manifestaciones de los otorgantes su voluntad de formalizar otro título jurídico, o tal formalización sea indispensable a los efectos de la previa inscripción, por exigencia del tracto sucesivo.

Que en el caso debatido se da esa íntima relación entre la extinción del crédito y la cancelación de la garantía real, que impide apreciarlas arancelariamente, como actos jurídicos separados, y, en consecuencia, el Notario sólo puede percibir honorarios por uno de ellos.

Que el vigente arancel, a diferencia del anterior, no establece los mismos derechos para la extinción de cargas reales y de obligaciones personales, pues ordena que para aquéllas se reduzcan a la mitad los tipos de las escalas del núm. 2, y que esta diferencia se ha de hacer efectiva en la práctica, teniendo en cuenta la calificación del acto o contrato contenido en la escritura, de suerte que la reducción de los derechos arancelarios sólo es aplicable a la autorización de las escrituras que se hayan calificado sencillamente de cancelación de hipoteca, pero no a las de carta de pago y cancelación de hipoteca, en las cuales, no pudiendo el Notario cobrar más de un solo concepto, es lógico que éste sea el de carta de pago, no sólo porque es el más favorable, sino también por estimarse que la cancelación es consecuencia inmediata del pago efectuado.

Y que el impugnante limita su impugnación a varios conceptos de la cuenta, de los cuales el más importante por su cuantía es el de autorización de la escritura matriz, respecto de la cual, para fijar los honorarios notariales, ha de añadirse, al importe del principal, el de los intereses pactados, mas no las costas, como pretende el Notario.

LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES, SE HAN DE APLICAR A INSTANCIA DE LOS INTERESADOS, SOCIOS O ACREEDORES, Y, EN SU CASO, POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA, SIN QUE PRODUZCAN SUS EFECTOS "EX MINISTERIO LEGIS". LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA VALIDEZ Y LEGALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS SON DE LA COMPETENCIA Y APRECIACIÓN EXCLUSIVA DE LOS REGISTRADORES MERCANTILES.

Resolución de 9 de febrero de 1943. "B. O." de 21 de marzo.

Por escritura autorizada en Infiesto el 23 de marzo de 1940 por el Notario D. Tomás Albi Agüero, determinados señores, en nombre de la Sociedad Mercantil Regular Colectiva "Vigil, Blanco y R. Monte"—que había sido constituida en 5 de agosto de 1900 y prorrogado el plazo de su duración en 16 de mayo de 1911 e inscrita debidamente en el Registro Mercantil—, vendieron a la Sociedad Anónima "Champanera Asturiana", constituida por escritura de igual fecha, otorgada ante el mismo Notario, representada por diversos señores, como componentes del Consejo de Administración, los terrenos de un solar, cuyos linderos se detallaron, "que mide por su frente 108 pies o 30 metros 24 centímetros, y el término medio de su fondo son 206 pies próximamente, o 57 metros 68 centímetros"; expresándose a continuación su cabida exacta por Norte, Sur, Este y Oeste; y la fábrica o edificaciones construidas a expensas de la Sociedad, descritas minuciosamente, y que ocupan totalmente el solar, así como las marcas de Sidra registradas, por el precio de 80.000 pesetas, correspondiendo 5.000 a las marcas y 70.000 a los edificios y terrenos.

En dicha escritura se hizo constar que dos de los representantes de la Sociedad vendedora actuaban a su vez en nombre de tres hermanos suyos; que otro de los comparecientes lo hacía, además, por su propio derecho, como heredero abintestato de su esposa y de tres de sus hijos, con la reserva del art. 811 del Código civil y como apoderado de otras tres hijas; e igualmente que uno de los señores representantes del Consejo de Administración de la entidad compradora, apoderaba a tres de sus hermanos en virtud de escritura de mandato otorgada al efecto en Villaviciosa el 16 de noviembre de 1939, por

la que le facultaban para que "sin limitación alguna represente los derechos de los otorgantes en las Sociedades industriales y comerciales..., haciendo las gestiones necesarias y firmando cuantos documentos precise".

Asimismo se hizo constar que por documento privado adquirió la Sociedad "Vigil, Blanco y R. Monte" un trozo de la carretera de Posada, o sea una faja de terreno que se halla a lo largo de la fachada Este de la fábrica y a cuyos servicios se destina, y que la cláusula duodécima y siguiente de la escritura de continuación de dicha Sociedad, expresan que el fallecimiento de uno o dos socios no sería obstráculo para que la Compañía continuase subsistiendo con los socios sobrevivientes y con los herederos de los fallecidos.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Villaviciosa primera copia de la escritura de compraventa—en la que se testimoniaron los documentos que se estimaron necesarios, y en cuyo primer pliego aparece la diligencia de "Visado" por exceso de timbre, suscrita por el respectivo Liquidador—, se puso la siguiente nota: "Denegada la inscripción del precedente documento por los defectos siguientes: 1.º Estimarse extinguida, con arreglo al art. 222 del Código de Comercio, por muerte de varios socios, la Sociedad regular colectiva "Vigil. Blanco y R. Monte", careciendo, por tanto, sus representantes de capacidad para disponer de los bienes de la Sociedad. 2.º Considerar inexistente la Sociedad compradora "Champanera Asturiana, S. A." por ser insuficientes para constituirla el poder otorgado a don J. B. N. por sus hermanos don J. L. y D. F., por escritura de 16 de noviembre de 1939. 3.º Porque, aun suponiendo que pudiera haberse constituido—por no tener el defecto anteriormente señalado—, carecía de capacidad para adquirir por no aparecer cumplido por la "Champanera Asturiana, S. A." el requisito de su inscripción en el Registro Mercantil. 4.º Porque teniendo carácter reservable, conforme a lo dispuesto en el art. 811 del Código civil, la participación de don C. R. Monte, que adquirió por herencia de sus hijos M. A. y F., se transmite sin hacer constar la reserva. 5.º Por no expresarse con claridad ni en forma reglamentaria la extensión superficial de la finca o solar ni tampoco la del edificio. 6.º Por falta de inscripción previa a nombre de la Sociedad "Vigil, Blanco y R. Monte" de la faja de terreno que se halla al Este de la fábrica. 7.º Por falta de "Visado" por exceso de timbre, vista la base liquidable tomada. Y calificando de insubsana-

bles los tres primeros defectos señalados, aunque sean subsanables, los demás, no procede practicar operación alguna.

Entablado recurso por el Notario autorizante para que se declarase extendida la escritura con arreglo a las formalidades legales, el Presidente de la Audiencia así lo proclamó, si bien manifestando no haber lugar a inscribirla mientras no se subsane la falta apreciada en el número 3.º. Y la Dirección, ratificando el auto, después de consignar que por no haber apelado el Notario de la decisión del Presidente de la Audiencia y por haber consentido el Registrador la desestimación de los defectos cuarto, sexto y séptimo de la nota calificadora, sólo procede examinar en la alzada los cuatro defectos restantes, ha declarado en cuanto al primero de ellos lo expuesto—en extracto— en las primeras líneas del encabezamiento. Respecto al segundo extremo de la misma, lo que asimismo en dicho encabezamiento se ha dejado expresado. Por lo que se refiere al tercero de los defectos apuntados por el Registrador, le atribuye el carácter de subsanable—en vez de insubsanable como aquél lo había calificado—, toda vez que "por tratarse de un requisito formal, susceptible de ser cumplido, y en atención de que no puede negarse a los interesados facultad para otorgar los documentos de que nazcan o surjan aportaciones o adquisiciones desde que se autoriza la escritura de fundación hasta que sea inscrita en el Registro Mercantil, ha de resolverse aplicando el principio de previa inscripción con la flexibilidad reconocida por las modernas legislaciones hipotecarias, estimándose inscribible en el Registro de la Propiedad los títulos legalmente otorgados a favor de una Sociedad constituida por escritura pública, pero todavía no inscrita en el Mercantil, siempre que sean presentadas en el de la Propiedad después de inscrita la misma con arreglo al art. 110 del Código de Comercio".

Y finalmente, por lo que afecta al quinto de los defectos señalados, dice que, conforme a lo preceptuado en la regla primera del art. 9.º de la Ley Hipotecaria, la medida superficial de los inmuebles deberá expresarse en los asientos solamente si constare en el documento presentado, por lo cual no es exigible que tal circunstancia figure en los títulos sujetos a Registro, excepto en algunos casos como los previstos en el art. 393 de la misma ley, para las informaciones posesorias, 60 de su reglamento, para ciertos casos de segregación de inmuebles y en la legislación fiscal, para determinados documentos administrativos; y por lo tanto, no refiriéndose el recurso a los indicados supuestos ex-

cepcionales y habiendo manifestado el recurrente su conformidad con la existencia del defecto y con que no figure la medida superficial en la inscripción, procede extender ésta consignando que de la escritura no aparece la cabida en forma reglamentaria, si bien deberán expresarse los datos descriptivos que, ajustados al sistema métrico decimal, obran en el título, toda vez que los mismos contribuyen a impedir que se confunda con otra la finca vendida, y son circunstancias identificadoras de las prevenidas en el párrafo primero de la regla segunda del art. 61 del mismo reglamento.



Defendiendo su nota alegó el Registrador, respecto al primer defecto en ella señalado, que teniendo en cuenta las cláusulas duodécima y siguiente de la escritura de continuación de la Compañía "Vigil, Blanco y R. Monte" como hasta el día 23 de marzo de 1940, fecha de la escritura calificada, habían fallecido más de dos socios, límite máximo que para la subsistencia de dicha Sociedad se había señalado, con la muerte del tercero de sus socios quedaba la misma extinguida, por lo que los que ostentan este carácter no pueden comparecer con capacidad para disponer de los bienes.

No puede negarse rigorismo lógico a este argumento. Si peca es de ceñirse a la literalidad de la oración. Y ninguna réplica mejor al mismo que las palabras del tercero de los considerandos de la Resolución extractada cuando expresa "que en armonía con lo expuesto en el anterior, los escritores de Derecho mercantil, en general, afirman que dada una de las causas de disolución de las Sociedades continuará, no obstante, la personalidad jurídica, aunque cambie la finalidad del patrimonio social y se modifique su representación por entrar en una fase de liquidación para garantizar derechos adquiridos, y terminar de la manera más provechosa a los intereses comunes aquellos negocios sociales que estuvieran en curso en el instante en que se produjo la causa de disolución, así como para otorgar a los acreedores plenas seguridades, y durante este período, que algunos dibujan con desconocimiento de la identidad entre la Sociedad disuelta y la liquidable y para otros determina una comunidad de bienes, una ficción legal o una readaptación social dirigida a nuevos fines, el organismo constituido tiende a conservar los valores reales e inmateriales de la Empre-

sa, a ultimar las operaciones liquidatorias, a satisfacer los créditos y a distribuir el activo sobrante entre los socios o sus representantes".

Deliberadamente dejamos de copiar anteriormente el considerando relativo a la calificación de la constitución y validez de las Sociedades anónimas que, según el mismo, es de la competencia exclusiva de los Registradores Mercantiles, "sobre todo, dice aquél, a partir de la vigencia del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919, que en su art. 18 establece que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales de Justicia y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad, y en el art. 111 reitera la obligatoriedad de inscribir las Sociedades que se constituyan con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio o leyes especiales; y así puede inferirse también de la virtualidad y efectos que deben atribuirse al acta de inscripción de la Sociedad, extendida en la primera inscripción de la Compañía y que según el número 15 del art. 122 del Reglamento del Registro, citado, en relación con el número 13 de su art. 120, declara quedar inscrita la Sociedad para todos los efectos legales".

Sólo unas palabras respecto a esto. Como dice el ilustre profesor Garrigues, si bien en nuestro ordenamiento mercantil no existen inscripciones "Constitutivas", las de las Sociedades, aunque en el aspecto "interno" producen efectos jurídicos desde su nacimiento, la creación de "personalidad jurídica" para sus relaciones con terceros sólo se consiguen mediante la inscripción en el Registro Mercantil.

En tal supuesto consideramos acertado lo declarado por el Centro Directivo y es de ajustada lógica la cita que se hace del art. 18 del Reglamento del Registro Mercantil, habida cuenta que la inscripción "no constitutiva" de las Sociedades sólo engendra, al decir de Ehremberg, una "apariencia jurídica" que únicamente podrá ser destruida mediante la declaración de nulidad por los Tribunales.

EL DERECHO REAL QUE CORRESPONDE AL FIDUCIARIO, SI BIEN EN ALGUNAS OCASIONES SE LE HA ATRIBUÍDO LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DEL USUFRUCTO, NO ES POSIBLE EQUIPARARLO EN TODO A AQUEL, COMO EN LA RENUNCIABILIDAD, POR EJEMPLO, QUE EN EL USUFRUCTO ES INDISCUTIBLE, TODA VEZ QUE LA MUERTE ES UN HECHO INCLUIDO EN EL JUEGO DE LA CONDICIÓN ESTABLECIDA. LA ADJUDICACIÓN HECHA A UN HEREDERO, CON LA OBLIGACIÓN DE COMPENSAR EN METÁLICO A LOS DEMÁS, NO IMPLICA ENAJENACIÓN.

Resolución de 22 de febrero de 1943. "B. O." de 24 de marzo.

Don J. F. F. falleció en 27 de diciembre de 1917 bajo testamento que había otorgado el 12 de enero del mismo año, por el que entre otras cosas que no interesan, legó el tercio de mejora en usufructo vitalicio a su nieto, don J. F. B., y en nuda propiedad a su nieta, doña C. F. B., disponiendo "que a la muerte de ésta, antes o con posterioridad a haberse consolidado en ella el dominio por fallecimiento de su hermano el usufructuario, los bienes del legado pasarían en plena propiedad y por iguales partes a los hijos que tuviera doña C., con derecho de acrecer entre ellos".

Practicada la partición oportuna se adjudicó, en pago de dicho tercio de mejora en usufructo y nuda propiedad, respectivamente, a don J. F. B. y doña C. F. B., con la sustitución expresada, la participación de 11.997,50 pesetas del valor total de 17.950 pesetas asignado a una casa en la calle del Padre Marchena, núm. 7, de Sevilla.

Consolidando el usufructo con la nuda propiedad por fallecimiento del usufructuario en favor de doña C. F. B., esta señora resolvió renunciar pura, simple y gratuitamente a cuantos derechos ostentaba sobre la referida participación indivisa de finca para que los mismos pasasen a sus cinco hijos, únicos que hubo de su matrimonio con su finado marido don P. R., con arreglo a la sustitución fideicomisaria establecida y toda vez que tal renuncia produce los mismos efectos que el fallecimiento.

Conforme a todo lo expuesto, la repetida doña C. F. B., viuda, por sí y en representación de cuatro de sus citados hijos menores de edad y la otra hija, doña I. R. F., mayor de edad, casada y con licen-

cia marital, otorgaron escritura el 15 de octubre de 1932 ante el Notario de Sevilla D. Francisco Monedero Ruiz, por la que teniendo en cuenta que el pleno dominio de la participación indivisa de finca en que consiste la mejora pasó a los cinco hijos de doña C. F. B.—por la expresada renuncia de ésta—y que dicha participación es indivisible, la adjudicaron, previo sorteo en que resultó agraciada la hija compareciente doña I., a ésta, que abonó a su madre, para sus hermanos, 9.598 pesetas, o sea 2.399,50 pesetas para cada uno de ellos, como importe de sus haberes que la adjudicataria llevó de exseso.

Presentada primera copia de la relacionada escritura en el Registro de la Propiedad del Mediodía de Sevilla, se extendió por el Registrador la siguiente nota: "No admitida la inscripción del precedente documento en cuanto a la sustitución fideicomisaria y renunciaciones de derechos que el mismo comprende: Primero. Que teniendo inscrita doña C. F. B. una participación en pleno dominio de 11.997,50 pesetas en el valor de 17.950 pesetas dado a la finca a que el mismo se refiere por legado de don J. F. F. y en virtud de la consolidación que por el mismo documento se solicitó y practicó, no puede dicha señora renunciar a tal participación de finca, sino transmitirla con las mismas condiciones adquiridas. Segundo. Que siendo inciertas las personas a quienes ha de corresponder el pleno dominio, no puede transmitirse actualmente éste hasta tanto no ocurra el fallecimiento de doña C. F. B., conforme a lo dispuesto por don J. F. en su testamento. Tercero. Y que envolviendo la adjudicación a doña I. R. F. una verdadera enajenación, necesitaría doña C. F. autorización judicial por ser menores de edad los cuatro hermanos de doña I. R.; no tomándose anotación preventiva por ser insubsanables los defectos."

Entablado recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación del auto del presidente de la Audiencia, ha declarado que la misma no se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, por los dos primeros defectos de la nota.

Considerando que, sin necesidad de entrar en la discusión sobre la conveniencia de que las titularidades amparadas por el Registro de la Propiedad reúnan ciertos requisitos y aparezcan bien determinadas en sus contornos, para impedir que la sola voluntad de los interesados pueda autorizar la constitución arbitraria de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real, es lo cierto que la Doctrina admite su clasificación y distinción en diversos

grupos por responder a finalidades preferentes de orden económico, familiar o hereditario, y entre ellos puede estudiarse con características propias la figura del derecho real que corresponde al fiduciario o primer llamado en la sucesión "mortis causa";

Considerando que si bien en algunas ocasiones se ha atribuido a este derecho real, que lleva consigo la obligación de conservar y transmitir el todo o parte de la herencia, las notas del usufructo, cuya renunciabilidad es indiscutible, no es posible llevar la equiparación hasta las últimas consecuencias, sobre todo cuando se trate de atribuir a los presuntos nudo propietarios el pleno dominio en un momento no prefijado por el causante;

Considerando que don J. F. F. ordenó en su testamento una sustitución fideicomisaria a favor de los bisnietos, hijos de su nieta doña C. existentes al tiempo del fallecimiento de ésta, sin concretar el llamamiento a los de un determinado matrimonio, por lo que no puede precisarse quiénes son los descendientes en el momento de efectuarse la renuncia por parte de la madre, que desde el nacimiento del último hijo tenido en cuenta ha podido contraer ulteriores y fecundas nupcias;

Considerando que la declaración principal de la escritura objeto del presente recurso en orden a la consolidación, o sea la de que la renuncia hecha por la fiduciaria equivale a su fallecimiento y provoca el traspaso consiguiente de los derechos a favor de ciertos hijos, establece una equipolencia o ficción que no puede mantenerse sin olvidar que la muerte es un hecho incluído en el juego característico de la condición establecida y cuyo acaecimiento, en su día, ha de influir decisivamente en las relaciones jurídicas que ahora se discuten y en el destino de los bienes relictos;

Considerando que si tal renuncia se refiere a la cualidad de heredera, necesitaría, para ser válida, que hubiese sido efectuada en tiempo oportuno, no después de transcurrido buen número de años, a partir de la aceptación de la herencia y con infracción manifiesta de los arts. 990 y 997 del Código civil, mientras que si se limita a las facultades de orden económico y alcance jurídico que correspondieran al primer llamado sobre parte de los bienes hereditarios, motivarían su traspaso a las personas llamadas en segundo lugar, que en el momento actual son desconocidas o inciertas;

Considerando que a los razonamientos anteriores se une la circunstancia de que en el Registro no aparecen determinados los fideicomis-

sarios, toda vez que al practicarse las operaciones particionales por fallecimiento del testador, don J. F., se omitió la designación de tales herederos, seguramente porque, con arreglo a la cláusula testamentaria, su determinación no era posible, y esta incertidumbre, que continúa subsistente, impide atribuir los bienes hereditarios a personas determinadas con carácter definitivo; y

Considerando, respecto del tercer extremo de la nota recurrida, que, como tiene reiteradamente declarado este Centro Directivo, la adjudicación hecha a uno de los herederos, con la obligación de compensar en metálico a los demás, no implica enajenación y, en su consecuencia, no se halla regulada por el art. 164 del Código civil.

* * *

Juzgamos de gran trascendencia la declaración del Centro Directivo en orden a la cuestión o problema que encierran las líneas del enunciamiento.

Refiriéndose al mismo, el insigne maestro D. Felipe Clemente de Diego, en su magnífico discurso de apertura del curso 1926-27, sobre la naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias "de residuo", se pregunta: "¿Es de necesidad que el momento de la restitución de la herencia sea el de la muerte del fiduciario para que haya sustitución fideicomisaria?" Contestándose que, en rigor, el Código civil nada dice a este respecto.

Sánchez Román, admitiendo la posibilidad de que el momento de la restitución pueda acontecer en vida del instituido, entiende, con razón, que culmina la sustitución fideicomisaria y revela su esencia característica más bien cuando ese momento coincide con el de la muerte.

Laurent, en relación con el Código francés, distingue las sustituciones "a tiempo", que no introducen un orden particular de sucesión porque ésta se abre durante la vida del instituido, de las que se abren a la muerte de éste, que son las verdaderas sustituciones fideicomisarias.

Brezzo entiende que el tiempo de la restitución puede ser otro distinto de la muerte, a cuya opinión viene a sumarse Losana, después de haber sostenido la tesis contraria.

Sommariva y Pacifici Mazzoni opinan que es absolutamente indispensable, para que haya sustitución prohibida, el que la restitución

tenga lugar precisamente en el momento de la muerte del heredero gravado; y esto por consecuencia de los principios generales que regulan las disposiciones testamentarias a término. Palabras estas últimas que nos conducen al problema planteado con motivo de la Resolución de 19 de diciembre último y que puede verse en el número 178 de esta REVISTA.

Resuelta, pues, la cuestión en el sentido indicado, es innecesario traer aquí los razonamientos—de indudable valor—expuestos por el Notario recurrente, de los que entresacamos, sin embargo, su afirmación de la equivocación jurídica cometida en la nota calificadora de confundir el fideicomiso con la sustitución vulgar, para deducir el carácter incierto de las personas a quienes corresponde el pleno dominio.

No comprendemos esto. Como expresa Crome con exactitud, así como la sustitución vulgar es institución de heredero para el caso que otro nombrado no llegue a serlo, la fideicomisaria es una institución de heredero para el caso de que otro lo haya sido. Son, poco más o menos, los términos del art. 2.100 del Código civil alemán, cuando dice: “El testador podrá instituir un heredero de tal modo que lo sea sólo después que otro lo haya sido.” O sea, la sustitución fideicomisaria que gráficamente llaman los alemanes “Nacherbung”.

Los términos de los arts. 774 y 781 de nuestro Código civil tampoco, creemos, admiten otra interpretación.

Finalmente, en cuanto al tercer defecto de la nota que rechaza la Dirección, nos parece consecuente con su doctrina lo resuelto por ella (véase como de más trascendencia y en relación íntima con ésta la Resolución de 25 de noviembre próximo pasado, número 177 de esta REVISTA), si bien estimamos era oportuna la alegación del Registrador de considerar inaplicable, como pretendía el Notario autorizante, el art. 1.062 del Código civil, toda vez que las participaciones indivisas en el valor de una finca nada tienen que ver con lo que dice este artículo.

G. CÁNOVAS COUTIÑO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I.—DERECHO CIVIL

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1943.—*Fundaciones particulares.*

Según el art. 6.º del Real decreto de 14 de marzo de 1899, "en las fundaciones particulares se respetará siempre la voluntad de los fundadores y sus patronos, y cualquiera que sea el origen legal de su cargo, serán protegidos en el ejercicio de sus derechos", y con arreglo al art. 5.º de la Instrucción de la misma fecha, "cuando el fundador relevare a sus patronos o administradores de la presentación de cuentas, no tendrán éstos la obligación de rendirlas periódicamente, pero sí la de justificar el cumplimiento de las cargas de la fundación, siempre que sean requeridos al intento por autoridad competente", de lo que se infiere que las facultades de los patronos de Instituciones de Beneficencia particular dependen de la voluntad de los fundadores consignada en los documentos fundacionales, voluntad que la Administración respeta en primer término.

SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1943.—*Disposiciones de residuo.*

Aparte de que la dogmática de tales disposiciones no acusa todavía perfiles lo suficientemente precisos para levantar construcciones absolutamente seguras, se habrían de admitir como proposiciones razonables y ajustadas al sentido de la doctrina de nuestro ordenamiento positivo las siguientes: 1.ª Que las disposiciones testamentarias de residuo no encajan del todo en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias reguladas en el art. 781 y complementarios de nuestro Código civil, aunque tengan algunos elementos comunes con ellas y puedan serles

aplicables en determinados extremos los preceptos que rigen en orden a esta otra clásica figura jurídica. 2.^a Que, de todos modos, ni la doctrina científica ni la jurisprudencia de esta Sala patrocinan de una manera general y decidida la solución de que en la sustitución fideicomisaria, cuando el testador no haya empleado una fórmula de las llamadas compendiosas, se debe considerar sobreentendida la sustitución vulgar con la consecuencia que ello supondría de atribuir la herencia al segundo llamado, si el primero, por premoriencia, incapacidad o renuncia, no hubiese podido adquirirla. 3.^a Que, sobre todo, la naturaleza condicional que con más o menos relieve, según los casos, es propia de la disposición testamentaria de *id quod supererit* y ha sido afirmada por esta Sala en Sentencias de 15 de junio de 1868 y 10 de julio de 1871, tiene como corolario la tesis acogida por el Tribunal de instancia de que se trata en ella de una situación distinta a la que prevé el art. 781 en relación con el 784 del Código, a virtud de los cuales se concede derecho al sustituto en la sustitución fideicomisaria pura desde la muerte del testador.

SENTENCIA DE 20 FEBRERO DE 1943.—*Carga de prueba.*

Los contratos celebrados por documentos públicos con todos los requisitos formales que las leyes exigen, llevan en sí mismos la presunción de su realidad y validez, y, por tanto, aquél que en ellos se apoya tiene acreditados los hechos normalmente constitutivos de su derecho, lo que basta para llenar la exigencia procesal de la prueba, mientras que el vicio o defecto alegado para impugnar la validez de tales contratos en modo alguno puede presumirse, sino que ha de ser probado por el que lo alega, y así tiene declarado esta Sala en Sentencia de 12 de abril de 1898, que no incumbe la prueba al demandado que funda sus alegaciones en documentos públicos, sino al actor que les niega la eficacia que a los de su clase otorga el art. 1.218 y los contradice a título de que carecen de causa o de que ésta es falsa o ilícita. Según el art. 1.277 del Código sustantivo, aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no prueba lo contrario, y si cuando no se expresa la causa se presume su existencia, con mayor razón se ha de presumir cuando se expresa y así lo indica la partícula *aunque* que el Código emplea.

SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1943.—*Cosa juzgada.*

Para apreciar la existencia de identidad objetiva—*eadem res, eadem causa*—en los pleitos, ha de realizarse lo confrontación entre lo resuelto en el primero y lo pedido en el segundo, ya que no cabe inferir la cosa juzgada a resoluciones en las que el sentenciador se abstuvo de decidir la cuestión controvertida.

SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1943.—*¿Puede el beneficiario de un negocio simulado invocar la simulación?*

Doctrinalmente quien impugna por simulación ha de tener la titularidad de un derecho que ponga en peligro el contrato carente de realidad y ha de justificar un interés en requerir la tutela jurídica, calidades que no concurren en los autores de la simulación ni en sus causahabientes, si bien en el puro terreno de la dogmática se otorgue un puesto entre los terceros legitimados para obrar en supuestos tales a los sucesores por título de herencia que la hubieren aceptado a beneficio de inventario.

SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1943.—*Autonomía de las partes.*

En armonía con los principios generales del derecho, el art. 1.255 del Código civil consagra, en materia contractual, el respeto a la voluntad privada cualquiera que sea su forma de expresión, sin más limitaciones que las exigidas por las leyes, la moral y el orden público; y en virtud de esta libertad debe reconocerse que los contratantes están facultados para formalizar obligaciones de crédito mediante documento firmado por el deudor con el nombre del acreedor en blanco, porque una declaración de voluntad en esta forma constituida tiene el alcance de autorizar a la persona que la recibe que por este solo hecho la acepta para que pueda llenar el espacio en blanco con su propio nombre o con el de un tercero, facilitando así la transmisión del crédito sin los requisitos de la cesión; y ha de admitirse como presunción "*juris tantum*" que en estos casos el deudor consiente por anticipado el obligarse con la persona que resulte titular del crédito como si desde el primer momento

hubiese sido el acreedor legítimo; y que renuncia a todas las excepciones que no sean las personales oponibles a este mismo titular.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1943.—*Representación y mandato.*

La moderna doctrina científica, recogida ya en múltiples resoluciones de esta Sala, separa como entidades jurídicas netamente diferenciales el *poder de representación* (o facultad de actuar un sujeto a nombre de otro) y el *mandato* (relación contractual de gestión); y si bien nuestro Código civil no siempre deslinda con la debida claridad ambos conceptos, como lo muestran los preceptos relativos a la extensión del mandato, que han de ser aplicados, ciertamente, tanto a la relación básica interna del contrato de su nombre como a la relación formal y externa de apoderamiento, no cabe duda que debe ser enjuiciada esta última con algunos criterios que le son propios y privativos, al entrar en juego la consideración de los principios de seguridad jurídica y protección de tercero de buena fe, los cuales determinan que no hayan de perjudicar a dicho tercero aquellas limitaciones del poder de representación que no haya podido conocer ni racionalmente prever, y que quepa, en suma, aplicar al apoderamiento soluciones más flexibles y menos restrictivas de las que serían adecuadas cuando se tratase sólo del vínculo contractual del mandato. Por otra parte, la extensión del poder siempre es un problema de interpretación de voluntad; de tal modo, que cuanto el poderdante restringe la declaración de apoderamiento, dando al representante determinadas instrucciones, e imponiéndole la necesidad de sujetarse a las que habrá de dictar en su día, hay que indagar si, en la intención del principal, tales instrucciones tienen el carácter de una propia *limitación del poder* o meramente el de *instrucciones internas* que restringe el mandato, poniendo límites a la actividad lícita del representante, pero que no afectan a la extensión y ámbito del poder de representación ni entorpece consiguientemente la capacidad de obrar del apoderado. Es manifiesto que la Sala sentenciadora ha interpretado rectamente los artículos del Código civil, al estimar que, si bien en el poder otorgado por el duque de L. a don A. A. figura la cláusula restrictiva de que el administrador no hará contratos de arrendamientos ni aparcería más que ateniéndose a las instrucciones que por escrito le comunicue el poderdante, pudo el apoderado formalizar válidamente los contratos discutidos ante la imposibilidad de recibir las indicadas instruc-

ciones, en uso de la cláusula general que le faculta para hacer cuanto legalmente se entendiese comprendido en la palabra "administrar", siempre que conviniese a los intereses del mandante y fuese procedente según las circunstancias de cada caso, y en méritos además de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.719 del Código, que establece que, a falta de instrucciones, el mandatario haría todo lo que según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia; sin que valga alegar, cual lo hace la recurrente, que los arts. 1.259 y 1.714 del repetido Código no distinguen ni admiten situaciones, sea cuales fueren, en que pueda prescindirse de la necesaria autorización para contratar a nombre de otro, ni permitirse al mandatario traspasar los límites del mandato, careciendo de eficacia a tal respecto el art. 1.719, que, con una finalidad enteramente diferente y dando por supuesta la existencia de un mandato suficiente, se limita a dictar reglas para su cumplimiento, pues aun cuando esta tesis del recurso sea cierta en principio y en los casos normales, no lo es menos que en el de estos autos al ser imposible de hecho la obtención de las instrucciones que había de dar el duque de L., se trata, según apreciación y declaración de la sentencia de instancia, que el recurso no se cuida de combatir, de una obligación de hacer—la de aplicar instrucciones—que en el momento de formalizar el apoderado los contratos discutidos estaba extinguida por causa de fuerza mayor, con arreglo al art. 1.105; y, en consecuencia, al quedar abatida dicha cláusula específica y limitativa surjan en todo su imperio tanto la obligación de actuar "como buen padre de familia" impuesta en el párrafo 2.º del citado art. 1.719 y por el propio mandante, como la facultad de celebrar contrato de arrendamiento concedida en la cláusula genérica del referido poder, si el apoderado entendía que la conducta de un buen padre de familia dentro de las circunstancias extraordinarias del momento impuestas por la devolución de las fincas incautadas por el Servicio de Reforma Agraria le obligaba, no a abstenerse de contratar, sino a dar en arrendamiento las tierras rescatadas.

SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1943.—*Deuda solidaria.*

Si bien en relación con sus codeudores en cada uno de los solidariamente obligados, deudor tan solo por su parte, lo es por entero frente al acreedor, en términos que se le equipara al deudor único,

constituyendo principio generalmente admitido en la doctrina científica el de que por virtud de la existencia de solidaridad activa se produce un mandato recíproco de exacción del crédito íntegro entre los acreedores, y, de análoga manera, en la solidaridad pasiva se da también, con carácter recíproco, un mandato de pago de la totalidad de la deuda entre los deudores, doctrina la indicada que refleja nuestro Código civil, el cual—aparte de las normas relativas a la solidaridad activa no atinentes al caso del presente litigio—ordena en su art. 1.137 que cada deudor solidario viene obligado a cumplir íntegramente la prestación y establece en el 1.141, apartado 2.º, que la acción ejercitada contra uno de los deudores solidarios perjudica a los demás, y consigna en el 1.148 que frente a las pretensiones del acreedor puede el deudor solidario utilizar todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. En aplicación de los aludidos preceptos legales y doctrina, que si, caso de invocada en juicio por un deudor solidario la excepción de nulidad de la obligación, habría de afectar a sus codeudores, aun sin haber sido éstos parte en el pleito, la sentencia que estimando tal excepción declarase la nulidad alegada, lógico es admitir pueda un deudor solo—ya que, como queda indicado, se le equipara al deudor único—instar en concepto de demandante la declaración de nulidad con igual extensión de efectos respecto a los demás coobligados y en su beneficio, pues de otra suerte se llegaría a la inaceptable consecuencia de que la posición de las partes en el pleito sobre nulidad de la obligación solidaria trascienda al fondo de la relación jurídicosustantiva en términos que invocándose aquélla por el deudor solamente pueda ser declarada cuando éste ocupa la posición de demandado—no la de demandante—y la alega por vía de excepción; y si se considera de otra parte que en el presente litigio no se adujo por ninguno de los litigantes la existencia de resolución judicial anterior relativa a la validez o nulidad del préstamo ahora objeto de controversia, resulta manifiesta la vulneración en el fallo de los preceptos legales que señala el apartado 1.º del motivo único del recurso.

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de marzo de 1940.

NO ES REVOCABLE EL ACUERDO DEL TRIBUNAL PROVINCIAL QUE AL MISMO TIEMPO QUE ANULA UNA COMPROBACIÓN DE VALORES, DECLARA QUE EL LIQUIDADOR PUEDE UTILIZAR LA TASACIÓN PERICIAL, FACULTAD ESTA QUE ES PRIVATIVA DE LA OFICINA LIQUIDADORA.

Vendida la cuarta parte de una casa y de los muebles y negocio industrial establecidos en ella, entendió el liquidador, al liquidar la correspondiente escritura, que el valor atribuido a los muebles y al negocio era muy inferior al real, y comprobó, valiéndose de la declaración que obraba en la Administración de Rentas a los efectos de la contribución de utilidades, capitalizando las declaraciones al 5 por 100 y deduciendo de ese resultado el valor dado al inmueble, obtuvo un aumento considerable para los bienes inmuebles transmitidos.

Los interesados recurrieron la liquidación alegando que se habían infringido los arts. 80 y 81 del Reglamento del impuesto sobre medios ordinarios y extraordinarios de comprobación: el primero porque no autoriza en ningún caso la comprobación de los bienes muebles de que se trataba, y el segundo porque el caso está fuera de todos los supuestos que ese artículo establece.

El Tribunal Provincial estimó que, efectivamente, la comprobación practicada estaba fuera del sistema legal del artículo y anuló las liquidaciones, pero dijo que el liquidador podía insistir en la averiguación del verdadero valor en uso de las facultades del art. 81, liquidando por de pronto por el valor declarado.

El fallo fué apelado en cuanto en su última parte reservaba al liquidador la facultad de la comprobación extraordinaria, y el Tribunal Económico-Administrativo Central desestima el recurso, resolviendo que la declaración del fallo recurrido relativa a que la Oficina liquidadora puede insistir en la comprobación no es improcedente porque tal facultad es privativa de aquélla con arreglo al capítulo VI del Reglamento, por lo cual claro es que, aunque el Tribunal provincial no hubiese hecho el reconocimiento, podía la Oficina insistir en la comprobación por los medios reglamentarios.

O lo que es lo mismo, añadimos nosotros, que la facultad de comprobar en el caso discutido es privativa y discrecional en la Oficina liquidadora y, por consiguiente, al no existir facultad reglada no puede haber derecho preexistente y violado susceptible de ser amparado con el recurso correspondiente.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de marzo de 1940.

LAS FIANZAS NO SON DEDUCIBLES NI AUN EN EL SUPUESTO DE HABER SIDO ENAJENADOS BIENES DEL CAUSANTE DE LA SUCESIÓN, PORQUE EL CRÉDITO GARANTIZADO FORMARÍA PARTE DEL CAUDAL HEREDITARIO COMO CONSECUENCIA DE SUBROGACIÓN.

Una Oficina liquidadora aceptó como deducible en una sucesión una fianza hipotecaria constituida por el causante en garantía de obligación que pesaba sobre un tercero. La Abogacía del Estado, al examinar el expediente de comprobación y proyecto del liquidador, estimó que la fianza no se debía deducir, y con arreglo a ese criterio se giraron las oportunas liquidaciones.

Contra la liquidación recurrió el deudor por quien respondía el causante, alegando que los bienes gravados habían sido enajenados para satisfacer la deuda garantizada y que, por lo tanto, debía haberse aplicado el art. 9.º del Reglamento.

Tanto el Tribunal Provincial como el Central mantuvieron la liquidación fundados en que, según el art. 1.839 del Código civil, el fiador se subroga por el pago en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, subrogación, además, automática conforme a los artículos 1.209, 1.210, núm. 3.º, y 1.251 del mismo Código, lo cual quiere

decir que los bienes constitutivos de la fianza se sustituyen por el crédito derivado del pago hecho por el fiador. Es decir, que si la fianza se ha ejecutado contra el fiador, entra en juego el principio de la subrogación y en virtud de él, en lugar de los bienes que sirvieron para el pago, queda el crédito contra el deudor principal.

En definitiva, resulta un crédito a favor del causante y del caudal, que no hay posibilidad de considerarlo como baja de éste porque no se da la circunstancia de ser incobrable, con arreglo al apartado 4) del artículo 55 del Reglamento. Fuera de esto, las fianzas no son deducibles porque así lo determina el art. 100 del mismo en sus apartados 1) y 2), y la deuda en sí tampoco puede deducirse en este caso porque para que lo sean, con arreglo al art. 101, se requiere que grave la herencia, cosa que aquí no ocurre.

Finalmente, tampoco es pertinente la cita del art. 9.º del Reglamento, puesto que la adjudicación a que él se refiere supone la previa existencia y deducción de la deuda de cuyo pago se trate.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de marzo de 1940.

Confirma la doctrina de que las liquidaciones han de ser recurridas dentro de los quince días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 207 y 210 del Reglamento del impuesto, y no a contar desde su pago. Si no hubiese precedido notificación, el plazo sí se cuenta desde aquel momento.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 30 de abril de 1940.

OBTENIDO EL APLAZAMIENTO DEL PAGO DEL IMPUESTO PUEDE SOLICITARSE DENTRO DE ESE PLAZO EL FRACCIONAMIENTO DE DICHO PAGO. SI BIEN NO PUEDE CONCEDERSE CON LA SOLA GARANTÍA DEL DERECHO DE USUFRUCTO QUE ORIGINÓ LA LIQUIDACIÓN.

La usufructuaria interesada había pedido previamente el aplazamiento y posteriormente, dentro del plazo de los seis meses que se le había concedido, pidió el fraccionamiento del pago, el cual le fué denegado

por la Oficina liquidadora por el fundamento de que no era garantía suficiente el usufructo de los bienes de que se trata.

El Tribunal Provincial, además de ese razonamiento desestimatorio, entendió que la petición de fraccionamiento estaba fuera de plazo, y el Tribunal Central, aplicando los arts. 24 de la Ley y los apartados 2) y 3) del 135 del Reglamento, admite la primera razón y por ella sola desestima el recurso, pero no la segunda, y dice que por plazo reglamentario de pago ha de entenderse también el de la prórroga, ya que no hay precepto que lo contradiga, y que el plazo de duración de una prórroga es continuación y de la misma naturaleza que el ordinario ampliado, sin que, por consiguiente, haya incompatibilidad entre la prórroga del pago con el posterior fraccionamiento de éste.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 30 de abril de 1940.

LOS CONTADORES PARTIDORES CARECEN DE PERSONALIDAD PARA RECURRIR CONTRA LAS LIQUIDACIONES GIRADAS A NOMBRE DE LOS HEREDEROS, PORQUE SU CARGO NO LES CONFIERE SU REPRESENTACIÓN A TALES EFECTOS.

En una testamentaria fueron giradas por investigación las procedentes liquidaciones, las cuales fueron recurridas por el albacea y a la vez contador partidor.

Aceptada en parte la reclamación por el Tribunal Provincial, el Central revoca el acuerdo diciendo que ni el albacea ni el contador partidor tienen personalidad para recurrir, confirmando así la doctrina ya reiterada en este particular.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 30 de abril de 1940.

LOS ENSERES DE UNA INDUSTRIA HOTELERA, EJERCIDA EN EDIFICIO AJENO, NO PUEDEN SER CONSIDERADOS COMO INMUEBLES POR RAZÓN DE DESTINO.

Transmitida una participación indivisa de un Hotel instalado en un edificio arrendado, se detallaron los bienes que comprendía, tales

como ropas, mobiliario, cristalería, maquinaria, cocinas, etc., determinándose en la escritura, a los efectos del art. 47 del Reglamento del impuesto, que todos tenían la consideración de bienes muebles, excepto ciertas partidas cuyo valor se cifró.

La Oficina liquidadora estimó que todos eran inmuebles y como tales los liquidó, y el interesado reclamó y pidió que se tuviese en cuenta el carácter de muebles en cuanto a los valorados como tales, y además opuso que teniendo en cuenta que se transmitía una parte de una empresa mercantil, debía ser aplicado el art. 20 referente a Sociedades mercantiles e industriales.

El Tribunal Provincial confirmó la liquidación, fundado en que no solamente son inmuebles los calificados como tales por el Código civil, sino también, conforme al art. 46 del Reglamento, las instalaciones de carácter permanente, aunque el terreno sea ajeno. El Tribunal Central revoca el acuerdo y manda que se gire una liquidación por muebles y otra por inmuebles, según los valores, respectivamente, declarados.

Para ello se funda en que los inmuebles tienen esa condición por su destino, conforme al núm. 5.º del art. 334 del Código civil, pero a condición de que ese destino haya sido dado por el dueño de la finca, y en cuanto al art. 46 del Reglamento, dice que se refiere a cobertizos, pabellones y construcciones análogas, aunque sean transportables, y no a los utensilios de una industria.

Respecto al alegato del art. 20, lo desestima porque en el caso no existe ni sombra de personalidad jurídica social y no puede hablarse de transmisión de ninguna clase de valores de Sociedad mercantil o industrial susceptible de serle aplicable el apartado 6) del art. 20 invocado.

Nos parecen tan claros los argumentos expuestos en la resolución comentada y tan acertada la solución que en ella se da al caso propuesto, que estimamos innecesario hacer resaltar su acierto.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de mayo de 1940.

EL HECHO DE SOLICITAR Y PAGAR LIQUIDACIONES IMPLICA LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA, Y LA RENUNCIA POSTERIOR DE ÉSTA GENERA UN ACTO DE DONACIÓN.

El viudo de una causante presentó la oportuna declaración para la liquidación provisional de la herencia, detallando los bienes, diciendo que todos eran gananciales y determinando las porciones correspondientes al declarante y a sus tres hijos, uno de ellos menor de edad, y firmando, además, padre e hijos la declaración jurada que el Reglamento previene en el art. 119.

Posteriormente, dichos señores otorgaron escritura particional diciendo que el menor había sido emancipado y que el viudo renunciaba a su cuota viudal y dos de los hijos renunciaban a la herencia de su madre, aceptándola el tercero de ellos y pasando, por lo tanto, los bienes al padre en una mitad como gananciales y la otra mitad al hijo heredero;

La Oficina liquidadora estimó que las dos renunciaciones equivalían a sendas donaciones y las liquidó como tales, además de los respectivos actos de herencia en cuanto a lo renunciado.

El Tribunal Provincial Económico-Administrativo estimó la reclamación interpuesta por los interesados y entendió que la primitiva instancia del viudo no suponía la aceptación de la herencia porque en aquélla ostentaba el doble carácter de partícipe de la Sociedad de gananciales y de heredero, por lo que pudo legalmente renunciar posteriormente a su condición de tal heredero; y en cuanto a la renuncia de los hijos, que podían hacerla en cualquier momento, ya que no habían firmado la instancia sobre liquidación provisional.

La Dirección general de lo Contencioso interpuso recurso y el Tribunal Central lo estima, por entender que hubo aceptación tácita, de acuerdo con el art. 999 del Código civil, nacida de los actos ejecutados por el viudo al solicitar la liquidación provisional y determinar la parte del caudal que a él correspondía como usufructo y a los hijos como herederos, cuyos actos suponen la voluntad de aceptar y no habría derecho a ejecutarlos sino con la cualidad de herederos. Y en cuan-

to a los hijos, está también clara la voluntad de aceptar por la misma razón, como se deduce del pago de las liquidaciones y de la firma de la declaración jurada en cumplimiento del art. 119 del Reglamento, y si bien uno de los hijos era menor de edad, su intervención indica su voluntad de aceptar, y además el hecho de ir firmada la instancia por el padre, que era su legítimo representante, le daba plena validez.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de mayo de 1940.

En esta Resolución insiste el Tribunal en la conocida doctrina de que las adquisiciones de fincas para ensanche de la vía pública no están comprendidas en la exención del núm. 3.º del art. 6.º del Reglamento, ni tampoco les es aplicable el tipo beneficioso del art. 38 si no aparece cumplidamente justificada en el expediente la posibilidad de la aplicación de las disposiciones sobre expropiación forzosa, sin que sea suficiente a tales efectos la certificación posterior del arquitecto municipal acreditativa de la superficie destinada a vía pública, máxime si en ella no se determina el precio de la misma.

Resolución del Tribunal Central de 4 de junio de 1940.

El Tribunal Central confirma en esta Resolución el criterio ya sentado por él que en la comprobación de valores no es aplicable, como medio ordinario de comprobación, conforme al Reglamento, el valor fijado a los solares por los Ayuntamientos a los efectos del arbitrio de plus valía.

No lo es, dice, porque los precios medios de venta admitidos por el art. 80 del Reglamento son los que resulten de los datos del Registro de la Propiedad o de publicaciones de carácter oficial, y los consignados por el Ayuntamiento a los efectos del arbitrio mencionado no son precios medios de venta, sino estimaciones técnicas para la apreciación de la existencia de incremento del valor de los terrenos, impugnables en cada caso por los interesados.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 4 de junio de 1490.

LA FACULTAD DE CONCEDER PRÓRROGA EXTRAORDINARIA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO PARA LA PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS ES DISCRECIONAL Y CONTRA EL ACUERDO DENEGATORIO NO CABE RECURSO ALGUNO.

Ante la Jefatura del Servicio Nacional de lo Contencioso del Estado se solicitó prórroga extraordinaria para la presentación de documentos relativos a una herencia fundándose en estar los bienes embargados por la Comisión de Incautación a consecuencia de responsabilidades políticas.

La petición fué denegada por la razón de que el hecho alegado no privaba a los herederos de la propiedad de los bienes ni suponía baja alguna deducible del caudal, y reclamada tal decisión, el Tribunal Central desestima el recurso en virtud de lo dispuesto en el art. 111 del Reglamento, que faculta al Director general para conceder la prórroga si ésta se solicita antes de experirar el plazo de la ordinaria y si se alega y justifica debidamente la existencia de la causa legítima en que se funde, lo cual quiere decir que la facultad es discrecional y que, por tanto, la expresada autoridad puede apreciar libremente si existe y es legítima la causa alegada. Sin que por otra parte exista precepto alguno en el Reglamento que conceda recurso contra el acuerdo denegatorio.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL,
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

V A R I A

I.—Teoría general del Derecho.

1.º El Juez municipal doctor Lorenzen publica un interesante artículo sobre el "Derecho del espacio vital y la teoría nacionalsocialista de las fuentes jurídicas" ("Grossraumrecht und völkische Rechtsquellenlehre", en "Deutsche Justiz", 1942, págs. 741 y siguientes). La teoría de las fuentes exige que el sujeto legislador y el destinatario del derecho coincidan. Ello, en efecto, suele ser así, ya que la fuente del derecho es el espíritu del pueblo y éste mismo es su destinatario. La mencionada exigencia, sin embargo, peligra en el nuevo Derecho Internacional Público. En el espacio vital existe un pueblo conductor y otros pueblos denominados sencillamente "pueblos del espacio vital". Parece a primera vista que el pueblo conductor emite un derecho válido no sólo para sí, sino también para los demás pueblos del espacio vital. Si ello fuera así, discreparía la fuente y el ámbito de la validez del derecho. Sin embargo, el peligro es aparente y no real.

Entre el pueblo conductor y los pueblos del espacio vital no existe una relación de señor y vasallo (como existe, por ejemplo, frente a las poblaciones de las colonias), sino una relación de conductor y de séquito. Por ende, el espíritu jurídico del pueblo conductor integra el de los demás pueblos del espacio vital, y por ello, en justicia coinciden aún en este caso las fuentes del Derecho con sus destinatarios.

2.º La reforma nacionalsocialista del Código penal permite, como es sabido, la analogía a desfavor del reo. Gustorf ("Deutsches Recht", 1943, págs. 258 y siguientes: Schöpferische Rechtsprechung), a consecuencia de determinadas sentencias del Tribunal Supremo alemán se plantea la cuestión de si tal analogía, además de *castigar una conducta no prevista por la ley*, puede servir también para *castigar una conduc-*

ta prevista con más dureza que la legalmente establecida. La jurisprudencia afirma esta cuestión.

II.—Derecho civil (parte general).

1.º La primera ponencia de la sección de Derecho de personas, de sociedades y de obligaciones de la "Academia de Derecho Alemán". ("Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht", número 14, 1940) anuncia dos innovaciones del futuro derecho en la materia jurídica de la indemnización de perjuicios y daños: a) establecimiento de una responsabilidad objetiva, organizada en un sistema independiente y complementaria de la responsabilidad subjetiva; b) la introducción de una responsabilidad por razones de equidad, por la cual se faculta al juez de imponer una responsabilidad fuera de los casos legalmente previstos en aquellas hipótesis en las cuales la refutación de toda responsabilidad infringiera gravemente el sano sentimiento del pueblo. Marton llama la atención del público alemán sobre el hecho de que una reglamentación muy semejante de tal problema existe en el Derecho húngaro (véase sobre el Derecho húngaro REVISTA CRÍTICA, 1941, págs. 650 a 652). Las disposiciones correspondientes del proyecto húngaro de 1928 rezan como sigue: *Art. 1.737:* Quien lesione intereses de terceros jurídicamente tutelados de manera antijurídica, aunque sin culpabilidad alguna, debe indemnizar los perjuicios del tercero, si a éste no correspondiera otra indemnización, en atención a las circunstancias, sobre todo en consideración a las fortunas de los interesados, en tanto en cuanto lo exigiera la equidad. *Art. 1.741:* Quien ejerciera con independencia una industria u otra ocupación o quien aplicara a cualquier fin un método fabril relacionado, acorde a su naturaleza, con peligros especiales, responde del daño producido por la industria, ocupación o método fabril a los empleados o terceros, a no ser que demuestre que el daño se deba a fuerza mayor. Sobre todo, responden de esta manera los ferrocarriles, funiculares, navegación de vapor, empresas de conducción de agua, de gas, de electricidad, casas de construcción, minas y todos aquellos que mantengan funcionando coches, ascensores, aviones o zeppelines. Esta responsabilidad no puede ser ni excluida ni limitada de antemano. *Art. 1.742:* La víctima no puede pedir indemnización alguna a base de la responsabilidad ob-

jetiva si el daño se debe exclusivamente a su propia culpabilidad. Si sólo contribuyera en la producción del daño, aplicanse las disposiciones generales (reparto equitativo del daño, según el "quantum" de la causación). Marton ("Deutsches Recht", 1943, págs. 338 y siguientes) pone de relieve que todavía no se ha llegado a una completa claridad en lo tocante a las relaciones entre la responsabilidad subjetiva y objetiva, por un lado, y la por razón de equidad, por el otro. Marton cree que la equidad es siempre un motivo de exclusión o merma de la responsabilidad, y nunca uno de engendrar o aumentarla. 2.º El libro de Günter Haupt sobre relaciones contractuales "de facto" ("Ueber faktische Vertragsverhältnisse", Leipzig, 1941, Verlag Theodor Weicher), ha dado lugar a una copiosa literatura: Spiess, Faktische Verträge oder öffentliches Recht-oder Tarif? ("Akademie-Zeitschrift", 1942; págs. 340 y siguientes); Wieacker, Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung (íbidem, 1943, págs. 33 y siguientes); Hans Schumann, Faktische Personalgesellschaft und Feststellungsklage ("Deutsches Recht", 1943, págs. 265 y siguientes). Haupt habla de contratos "de facto", si una relación de prestaciones debe someterse al derecho de contratos, aunque no exista un contrato verdadero. Haupt establece tres categorías de tales contratos "de facto". La primera hipótesis abarca casos del contacto social. Piénsese, por ejemplo, en la lesión de público ansioso de realizar compras en un almacén antes de que tales compras se han llevado a cabo, o en la lesión de una persona en el coche de otro que por mera complacencia llevó en su vehículo a la víctima del accidente. El segundo grupo enfoca la inordinación en una comunidad. Pueden mencionarse la sociedad de hecho o la relación de trabajo entre una empresa y un obrero, si el contrato de trabajo por cualquier motivo carece de validez. La tercera categoría agrupa casos de prestaciones sociales (medios públicos de comunicación, etc.). Wieacker pone de realce la necesidad de distinguir entre el contrato como *acuerdo de declaraciones de voluntad* y base de una ordenación jurídica de la vida, por una vertiente, y la *ordenación de la vida* misma. En los ejemplos de Haupt falta un contrato en el primer sentido, existiendo, en cambio, una ordenación de la vida. Haupt desea que se abandonen las construcciones artificiales de un contrato tácito, presumido o fingido.

III.—*Derecho civil (parte especial)*.

1.º Derecho matrimonial: La Ley francesa del 22 de septiembre de 1942 (véase "Deutsches Recht", 1943, págs. 226 y 227) modifica varios preceptos del Código civil francés (arts. 212 a 226, páginas 1.287 y siguientes), fortaleciendo la posición jurídica de la mujer casada. Según esta nueva Ley, la mujer casada representa al marido en casos en que éste esté impedido de actuar "ope legis", mientras que hasta ahora la mujer necesitaba una *resolución judicial*. La mujer no necesita ya la licencia marital para el ejercicio de una profesión o de una empresa. No obstante, el marido puede oponerse a ello, en cuyo caso la mujer tendría que conseguir el permiso judicial. 2.º Filiación: El Tribunal Supremo alemán acaba de dictar una interesantísima sentencia (tomo 169, págs. 129 y siguientes). Un hijo natural perdió el proceso de alimentos definitivos contra el pretendido padre por sentencia firme. A continuación se realizó un segundo proceso entre las mismas partes, en que el hijo natural solicitó la declaración de su filiación natural, ganando este proceso el demandante. El Tribunal Supremo afirma ahora que la sentencia firme desestimatoria en el proceso de alimentos, no sólo no es un obstáculo a un nuevo proceso de alimentos, sino que en este segundo proceso de alimentos el Tribunal está vinculado por la sentencia firme del proceso de filiación (véase Frantz, Neues aus der reichsgerichtlichen Rechtssprechung in Abstammungssachen, "Deutsches Recht", 1943, págs. 62 y siguientes; y Günther, Der Zwiespalt zwischen Unterhalts-und Abstammungsurteil en "Akademie-Zeitschrift", 1943, págs. 26 y siguientes; véase ibidem, págs. 46 y 47). 3.º Sucesiones: Lange ("Deutsches Recht", 1942, págs. 1.713 y siguientes) expone los rasgos característicos del proyectado Derecho de sucesiones nacionalsocialista, cuya elaboración se extiende ya sobre un lustro entero y que hasta ahora plasmó en forma legislativa sólo en la Ley sobre el otorgamiento de testamentos y contratos sucesorales del 31 de julio de 1938. El proyecto se divide en nueve secciones: Herencia y heredero; herencia abintestato; herencia testamentaria; interpretación, nulidad e impugnación del testamento; institución de heredero, legado y modo; la legítima; adquisición y aseguramiento de la herencia; comunidad de herederos; responsabilidad de deudas de la herencia. La herencia es una sucesión universal

que se produce "ope legis", sin que haga falta el acto de ninguna autoridad. Los herederos legales suben en la línea ascendente hasta los bisabuelos, y en la colateral hasta los descendientes de los abuelos, no habiendo, como es natural, limitación en la línea descendente. En defecto de un heredero mencionado, sucede el Imperio alemán. El cónyuge supérstite hereda una cuarta parte del patrimonio relicto. El proyecto prevé el contrato sucesoral y el testamento. El testamento puede ser oficial (público o cerrado), extraordinario u ológrafo. El legado de una cosa determinada existente en la herencia pertenece desde la muerte del "de cuius" al legatario con efectos frente a los herederos y de sus acreedores (pero no con efectos frente a los acreedores de la herencia). 4.º Propiedades especiales: Dapper ("Erfinder und Betrieb", en "Deutsches Recht", 1942, págs. 1.665 y siguientes) diserta sobre la "invención de empresa". Se comprende por tal una invención debida a la empresa como totalidad y no a una persona determinada. Tal invención pertenece al dueño de la empresa, acorde a la nueva Ley sobre patentes del 5 de mayo de 1936. Por otro lado, débese una invención a una persona determinada, aunque ella no sea sino la consecuencia sistemática de los conocimientos técnicos conocidos (así el Decreto sobre el tratamiento de invenciones de miembros del séquito del 12 de julio de 1942).

IV.—*Derecho procesal.*

El centro del interés radica en el Cuarto Decreto para la simplificación de la justicia del 12 de enero de 1943 ("Deutsche Justiz", 1943, págs. 49 y siguientes; íbidem, págs. 103 y ss.; "Akademie-Zeitschrift", 1943, págs. 21 y ss.; "Deutsches Recht", 1943, páginas 162 y ss.). La simplificación refiérese sobre todo a la apelación. Hasta ahora dependía su admisión de la interposición del recurso en un plazo determinado, de su fundamentación en otro plazo y del pago de los derechos en otro plazo. Hoy se han fusionado los primeros dos plazos, aboliéndose el tercero. Ni que decir tiene que aún hoy hay que pagar los derechos; pero la admisión del recurso ya no depende del pago tempestivo.

LA REDACCIÓN