

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XIX

Abril de 1943

Núm. 179

La actual práctica jurídica en la inmatriculación al amparo del párrafo 3.^º del artículo 20 de la ley Hipotecaria

Al estudiar Hans Kelsen, en su obra *La teoría pura del Derecho*, el problema de las "lagunas de la Ley", dice que las *lagunas técnicas* existen "cuando el legislador ha omitido la regulación de algo que necesariamente debió haber sido regulado para hacer técnicamente posible la aplicación de la Ley". Y agrega. "Estas lagunas técnicas son, o bien lagunas en el sentido originario de la palabra, es decir, una diferencia entre el Derecho positivo y el Derecho deseado, o bien aquella indeterminación que proviene del carácter de generalidad de la norma."

Y viene la cita a colación, al meditar en el diario problema de la aplicación del Derecho en la diversa práctica jurídica que se viene siguiendo en los Registros al interpretar la aplicación del párrafo 3.^º del artículo 20 de la ley Hipotecaria, para lograr la inmatriculación de las fincas que a su amparo se acogen.

¿Laguna técnica? ¿Derecho deseado? ¿Generalidad de la Ley? Quién sabe cuál sea la causa de esa variedad de criterio seguido; pero la variedad existe, y el problema alcanza ya un volumen de propiedad sometida a su amparo, que no basta sostener una u otra opinión, sino que no cabe soslayarlo ante asientos ya practicados, y cuya eficiencia hemos de medir ante situaciones que la realidad crea, y en las que nuestra responsabilidad se roza de modo muy directo.

Al enfocar el problema no vamos a traer a presente todo lo mucho

que sobre el aludido precepto legal se ha dicho y se ha escrito. Límites más modestos sirven de jalones a nuestra contribución al problema, aunque pequeños de reincidentes en la materia.

I —GÉNESIS HISTÓRICA DEL PRECEPTO.

De todos conocida es la reforma que al primitivo artículo 20 de la ley Hipotecaria introdujo la ley de 1869, como excepción al principio de trato sucesivo.

De su texto se deducen los requisitos exigidos para la inmatriculación al amparo de él:

a) No hallarse inscrito el dominio del inmueble a favor de otra persona distinta del transferente.

b) Que del título presentado o de otro documento fehaciente resulte *probado* que el transferente adquirió el referido *dominio* antes del 1.^o de enero de 1863.

c) Que en el asiento solicitado se expresen las *circunstancias esenciales de tal adquisición*, tomándolas de los documentos necesarios al efecto.

Y es importante la cita, puesto que el espíritu que animó a los legisladores de 1869 fué el de no admitir la inmatriculación sino de aquellos títulos en que se *probase* la adquisición por el transferente.

La jurisprudencia aporta elementos valiosos para el examen del problema en relación a la actual práctica jurídica:

a) El hecho del fallecimiento se entendió determinaba en las sucesiones hereditarias la fecha de la adquisición. (Resolución de 4 de marzo de 1868.)

b) La simple manifestación o declaración de los interesados sobre el hecho de ser la adquisición anterior a la fecha citada de 1863, no se consideró como prueba o justificación de la verdad de este hecho. (Resoluciones de 27 de julio de 1871, 30 de noviembre de 1897 y 30 de julio de 1908.)

c) A la falta de justificación equivale la cita de asientos en libros perdidos o extraviados. (Resoluciones de 16 de julio y 20 de agosto de 1863.)

Y tiene la jurisprudencia extractada la capital importancia de exigir algo más que una simple manifestación verbal del transferente, como medio de probar una adquisición anterior, que ha de ser la piedra de to-

que que ponga de manifiesto cuándo se trata de un detentador y cuándo de un propietario que legítimamente puede transferir.

La ley de 1909 reprodujo, en sustancia, los requisitos exigidos para la inmatriculación de la propiedad no inscrita, exigiendo los de no inscripción a favor de persona alguna (*a*) y constancia en el asiento solicitado de las circunstancias esenciales de tal adquisición (*c*), pero sustituyó a la palabra *probar* la palabra *justificar*, al determinar que el transferente debería *justificar* la anterior adquisición a 1.^º de enero de 1909 (*b*).

Hacemos gracia al lector de los detalles de las sucesivas modificaciones del precepto, por sobrado conocidas, y que en definitiva no vinieron a hacer sino a facilitar la entrada en el Registro de la Propiedad con el indulto de toda la titulación *anterior* a las fechas de 1922 y 1932.

Todo el fundamento jurídico de tales reformas estribaba en la presunción de sinceridad de los títulos autorizados antes de su promulgación; en que la confabulación era problemática, pero que luego resultó de base deleznable, puesto que la modificación de la ley era el secreto a voces.

Y así llegamos a la reforma de la ley de 21 de julio de 1934, de la que tanto se ha escrito y dicho.

Y a fuer de sinceros, hemos de decir que, a pesar de los años de vigencia del precepto, en realidad hasta antes de la destrucción de los Registros, el uso que se había hecho de aquél era discreto, y sólo en el orden teórico podría plantear discrepancias.

Hoy, ante la enorme cantidad de titulaciones destruidas, la codicia ha hecho su aparición, y el uso inmoderado que se viene haciendo del precepto por quienes tendrían vías más estrechas, pero de mayor sinceridad y autoridad, plantea desnudo el problema, que no cabe soslayar.

Como única literatura oficial aplicable al caso, las Memorias de los Registradores de la Propiedad correspondientes al año de 1935 aportan datos, hoy muy estimables, en una construcción jurídica que llene esa laguna técnica de que al principio hicimos referencia.

El Registrador Gómez Pérez (1) resume el espíritu de la reforma en estas frases: "Al fin ha triunfado el criterio de suprimir el principio

(1) Como en el Resumen de las Memorias de los Registradores insertas en el Anuario de 1935 no se citan los apellidos de cada autor, sino sólo el cargo, para determinar aquél hemos recurrido al escalafón inserto en el mismo Anuario. Caso de que algún apellido estuviera equivocado, rogamos se nos haga la indicación procedente para hacer la rectificación oportuna —(N. DEL A.)

que divide los derechos en anteriores y posteriores a cualquier fecha, para el efecto de inscribir los actos de transferencia o gravamen que en virtud de ellos se realizan, bastando con mantener el de que haya de denegarse la inscripción si el derecho a que se refiera resultase inscrito a nombre de persona diferente."

Nosotros, bien ajenos, por cierto, al uso inmoderado que del precepto se iba a hacer con el tiempo, decíamos. "La impresión de la reforma no puede ser mejor. Con ella se ha ganado en amplitud y seguridad, mejorándose el aspecto científico del problema a resolver, pues la ligera depuración del título adquisitivo del que transmite y el trámite de los edictos no alejarán la propiedad del Registro, y, en cambio, servirán para realizar una mayor selección de lo que va a ser amparado por aquél "

II — EL DERECHO DE TRANSFERENTE. ¿ES PRECISO PROBARLO? ¿BASTA LA MERA AFIRMACIÓN DEL TRANSFERENTE, O SU REFERENCIA A TÍTULOS QUE NO SE EXHIBEN AL NOTARIO NI AL REGISTRADOR?

Los requisitos exigidos actualmente para inmatricular al amparo del precepto estudiado son:

1º Que no estuviesen inscritos *tales derechos* a favor de otra persona

El párrafo parece tener relación con el primero del mismo artículo 20, que exige el trácto sucesivo para la inscripción de los documentos en virtud de los que se transfiera *el dominio* o *la posesión* de bienes inmuebles. No ofrece duda que al amparo del párrafo citado 3º del artículo 20 de la ley Hipotecaria, se podrán registrar documentos públicos en virtud de los que se transfiera *el dominio* o *la posesión* de bienes inmuebles. Luego nos ocuparemos de la capital importancia que esta distinción pueda producir para unificar la práctica jurídica en la inmatriculación.

2º El segundo requisito exigido es que se publiquen edictos.

3º El tercer requisito es que se expresen *necesariamente en el asiento* que se practique las circunstancias esenciales de la *adquisición anterior*, tomándolas de *los mismos documentos* o de *otros presentados al efecto*.

Claro es que el párrafo 6º (tan comentado por cuantos se han ocupado de este problema) exige se *justifique* que adquirió el derecho el

otorgante antes de la fecha de la escritura o la previa adquisición, si se tratará de documentos públicos.

Las circunstancias de la adquisición anterior son, según el artículo 87, regla 2.^a, del reglamento:

- a) Nombre de la persona de quien adquirió el derecho transmitido, la que figure como transferente.
- b) Acto o contrato que motivó la adquisición.
- c) Funcionario que expidió el documento, si éste no fuera privado.
- d) La fecha del documento.

"Las indicadas circunstancias—sigue diciendo el precepto reglamentario que analizamos—se podrán tomar del mismo documento que se inscriba, si en él constaren, o, en otro caso, de cualquier documento público o fehaciente que se presentare a este efecto. Se estimarán como fehacientes para dicha finalidad los documentos que, según el artículo 1.227 del Código civil, hagan prueba contra tercero en cuanto a la fecha."

El párrafo 4.^a del mismo artículo 87 del reglamento parece exigir

a) Cuando se trate de inscribir un derecho *sin limitación alguna* (1), que se justifique la adquisición por el transferente antes de la fecha del título que se pretenda inscribir, por información posesoria, expediente de dominio o cualquier otro título inscribible.

b) Cuando se trate de inscribir *con limitaciones*, que constasen en los documentos públicos presentados las circunstancias esenciales de la adquisición anterior.

O sea, que a la primitiva exigencia de la ley de 1869 de *probar* la adquisición por transferente, que más tarde se convirtió en la necesidad de *justificar* dicha adquisición, ha sustituido la palabra *constar*, como requisito exigido al que transmite.

Y esta palabra, este giro gramatical, al parecer sin importancia, es el que ha hecho derivar todo el sistema de la inmatriculación por este medio excepcional, a un sistema en el que las garantías jurídicas parecen flaquear y todos parecen huir de una presunta responsabilidad ante el hecho de dar cabida en el Registro a quien como toda garantía de su derecho ofrece sólo la sinceridad de una afirmación.

Y es que el verbo *constar*, queriendo decir mucho, no ha dicho nada, por faltarle la explicación de si esa constancia ha de ir avalada por una exhibición al Notario autorizante del título del transferente, o basta la

(1) En la inscripción de la posesión sí existirá limitación

afirmación lisa y llana del otorgante de que adquirió, toda vez que, hecha la afirmación *sin prueba*, ya constan en el documento las circunstancias de la adquisición anterior.

Jurisprudencia no hay, o, al menos, no la conocemos.

Que la cuestión es de todo punto dudosa, lo prueba el hecho de que en las Memorias de los Registradores citadas se dividen las opiniones, pudiendo distinguirse dos grupos:

PRIMER GRUPO.—*Estiman se debe exigir prueba de la adquisición anterior por el transferente.*

Esta prueba puede ser: ante Notario, dando fe éste de habersele exhibido el documento que acredite el derecho por el que transmite, o simplemente no haciendo reserva; o bien ante el Registrador, acompañando documento que justifique la anterior adquisición.

Dice el Registrador Cabanillas "El problema de la preexistencia del derecho en el patrimonio del que lo transmite no se ha planteado en sus verdaderos términos por ninguna de las leyes anteriores a la de 1934. Los que no inscribieron no han incumplido la ley Hipotecaria..., y como no es necesario inscribir para ser propietario, no hay motivo para negarles la facultad de transmitir y disponer de lo que prueben que es suyo. Tal prueba, rodeada de los máximos requisitos para evitar todo fraude y engaño, es la necesaria para inmatricular la propiedad no inscrita, cumpliéndose con ello la sana doctrina fundada en el principio de legalidad de los títulos y en el sistema de la inscripción voluntaria "

Pérez Gómez, en orden a la posibilidad de la inscripción de los documentos, estima inscribibles los posteriores a 1.^o de enero de 1932, públicos, "en los que el transferente justifica su derecho con otros documentos públicos también posteriores a esa fecha o con documentos privados fehacientes anteriores o posteriores a la misma fecha."

Fernández Feijoo se inclina por una interpretación estricta, estimando que "los términos *adquisición por el otorgante antes de la fecha de la escritura y previa adquisición*, son sinónimos, y en tal sentido se han empleado indistintamente para expresar una misma idea; esto es, que tratándose de documentos públicos *debe justificarse la adquisición anterior o la previa adquisición por el transmitente*".

Herrera Carrillo entiende ser precisa la presentación de los documentos privados que sirvan de base a la adquisición del transferente.

Agrega Cabanillas Bernardo, anteriormente citado, que no ha de-

bido prescindirse nunca de que se califiquen, aun cuando fuese con un criterio amplio, los títulos *justificativos* de la adquisición, sean públicos o privados, pues sin ellos se hace posible la entrada en el Registro a derechos que no deben tener la protección de la ley.

Navarro Carbonell cree que están en mayoría los que opinan que para que se pueda inscribir conforme al párrafo 3.^o del artículo 20, basta con que en el mismo documento en que conste la transmisión o gravamen, o en otros que le acompañen, aparezcan las circunstancias esenciales de la adquisición del derecho por el otorgante, sin que sea necesaria la justificación de tal adquisición, como lo era anteriormente, y se opone, por entender que *tal justificación es necesaria siempre y en todo caso*, si se ha de mantener la puridad del sistema . agregando que "cuando la adquisición anterior no se funda en documento público, cabrá justificarla *por cualquiera de los medios de prueba* en derecho admitidos, y si resulta de un público documento, bastará éste, ya se reseñe en él que haya de producir la inscripción *en forma que resulte acreditada su existencia real*, ya se acompañe por separado".

Nosotros decíamos: "El hacerse constar hoy, conforme al párrafo 3.^o, la circunstancia de la adquisición, no lo es ya para justificar que la finca fué adquirida con anterioridad a tal o cual fecha, sino como medio de garantizar que *el transmitente no es un detentador que pretende aprovecharse de las facilidades dadas por la ley para lograr engañar a un incauto con una inscripción que carecería de toda base legal.*"

"Claro es—añadíamos—que la justificación no puede ser nunca la justificación minuciosa, legal y precisa que haría falta para inscribir la transmisión anterior, puesto que, en este caso, ésta sería la que motivaría la inscripción primera, sino un antecedente, un dato, que ha de constar en el Registro como premisa anterior a la transmisión que se inscribe y para que se vea qué derecho del transmitente no tiene su origen en el vacío."

SEGUNDO GRUPO.—*Estiman no debe exigirse prueba al transferente, bastando que éste cite su documento o título de adquisición.*

Las mutaciones que en los términos gramaticales del artículo 20 se han hecho a través de las sucesivas reformas de que ha sido objeto, han determinado una corriente disminutoria en las garantías a exigir al transferente para transmitir derecho registrable.

La ley de 1869 exigía que se *probase*; la del año 1909 y sucesivas, que se *justificase*. y hoy el artículo 87 (número 2.^o de la regla 4^a),

en el que se basan todos cuantos defienden esta posición de interpretación, dice basta *consten* las circunstancias de la anterior adquisición

Y nos preguntamos: ¿es que *constar* vale tanto como dejar al arbitrio del otorgante que exhiba o no al Notario autorizante su título, para que la escritura que se autorice se estime comprendida en el precepto que examinamos? *Constar*—dice el Diccionario de la Lengua— es “ser cierta y manifiesta una cosa”. Y para que una cosa pueda tenerse como cierta y manifiesta, esto es, como indudable, no basta una mera afirmación, si no va seguida de una prueba, para que pueda tener el alcance de una afirmación jurídica.

El profesor Carlos Lessona, en su obra *Teoría general de la prueba en Derecho civil*, emplea como sinónimos los términos *probar* y *dar certeza* a un hecho; luego mal puede constar o ser cierto lo que no se ha probado.

El problema, desde punto de vista notarial, no ofrece dificultades: el artículo 172 del Reglamento de 8 de agosto de 1935 del Notariado dice: “Cuando en los actos o contratos sujetos a registro, los interesados no presenten los documentos de los que hayan de tomarse las circunstancias necesarias para su inscripción, el Notario les requerirá para que verbalmente los manifiesten, y si así no lo hicieren, lo autorizará salvando su responsabilidad con la correspondiente advertencia, excepto el caso de que la inscripción y, por tanto, las circunstancias para obtenerla, sea forzosa, según la naturaleza del contrato, para que éste tenga validez, en el cual caso se negará a autorizarla. La falsedad o inexactitud de las manifestaciones verbales de los interesados serán de la responsabilidad de los que las formulasen, y nunca del Notario autorizante” El art. 174, a su vez, establece: “La relación de los títulos de adquisición del que transmita se hará con arreglo a lo que resulte de los títulos presentados, y, a falta de esta presentación, por lo que bajo su responsabilidad afirmen los interesados”

Unicamente queda por dilucidar si estas escrituras, que con una estricta legalidad autoriza un Notario sin que le exhiban los documentos del dominio del transmitente, *pueden estimarse comprendidas en el párrafo tercero del artículo 20 tantas veces reseñado*.

En realidad, la única garantía para terceros de una escritura otorgada al amparo de tales preceptos, sin que el transmitente aporte prueba alguna, está en el artículo 525 del Código penal: “El que fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare , será castigado con la pena

de arresto mayor en sus grados mínimo y medio y una multa del tanto al triple del importe del perjuicio que hubiere irrrogado" (1).

Parafraseando las palabras de la exposición de motivos de la ley de 1861 al tratar de la publicidad de la hipoteca, podríamos decir que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad del dominio. El que compra más bien que a la persona, puede decirse que mira a la cosa comprada, el valor de la finca es la causa por que entra en la obligación; el vendedor es sólo el representante de la propiedad, al comprador nada le interesa el crédito, el estado de fortuna, las cualidades morales de la persona a quien da su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca valga lo que por ella dió. Su derecho sobre la finca es un derecho real, no un derecho personal al precio, dependiente de la solvencia moral y crédito personal del vendedor y sujeto a sus vicisitudes; lo que le importa al comprador es que su derecho sobre la finca no sufra alteración por la pérdida de crédito personal del vendedor, no que metan a éste en la cárcel, si ello lleva como consecuencia su insolvencia y la pérdida de la finca y del precio entregado. En una palabra: una legislación hipotecaria, un sistema inmobiliario basado en una legislación penal, por dura que ésta sea, no llena su fin primordial.

Apliquemos, pues, lo dicho y analícese sin apasionamiento si un sistemático ingreso de la propiedad en el Registro sin más base que el temor a una pena puede conducir a algo provechoso.

Volviendo a las Memorias de los Registradores sobre el tema el Registrador Navarro Carbonell decía que "están en mayoría los que opinan que para que se pueda inscribir conforme al párrafo tercero del artículo 20, basta con que en el mismo documento en que consta la transmisión o gravamen, o en otros que le acompañen, aparezcan las circunstancias esenciales de la adquisición del derecho por el otorgante, sin que sea necesario la justificación de tal adquisición, como lo era anteriormente", si bien se opone luego.

Cabanillas Bernardo dice: "Sí desorienta un poco que en el párrafo tercero se conforme el legislador con que las circunstancias esenciales de la adquisición resulten del mismo documento presentado: pero en esto se observa una lucha grande entre dos criterios el de facilitar la

(1) Pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 14 junio 1878, 5 mayo 1881, 8 abril 1897, 7 diciembre 1893, 14 enero 1896, 7 noviembre 1898, 19 abril 1900, 13 abril 1908, 10 julio 1917, 26 abril 1926, 9 enero 1932, 28 mayo 1932 entre otras.

inscripción a todo trance, por ser ello, acaso, la finalidad de la Ley, *de un lado*, y el aplicar el principio de legalidad para inscribir la titulación no registrada, *de otro*. ¿Cuál de estos criterios ha triunfado? Desgraciadamente, el primero, con la interpretación de la Ley hecha por el Reglamento."

No han faltado Registradores que han censurado la reforma de 1934 por estimar que "al día siguiente de realizarse una confabulación puede tener acceso al Registro, ya que el transferente o gravante no necesita justificar la adquisición de su derecho, bastándole con hacer constar las circunstancias esenciales de su adquisición, bien fáciles de expresar, puesto que no han de tener comprobación" (1).

Roca Sastre (2) reconoce que el artículo 20, en su principio de trato formal, es importantísimo y que nuestros autores están en ello de acuerdo para dificultar fraudes y estafas, cerrar los libros hipotecarios a los actos de origen ilegítimo, impedir que aparezcan títulos apócrifos mezclados en unos mismos folios con los verdaderos, evitando así el des prestigio del Registro: de determinar con exactitud la preexistencia del Derecho en el patrimonio del transmitente. Agrega luego que, no obstante, no es un precepto de orden sustantivo, sino meramente *registral*, y que en su excepción (párrafos 3.^o y 4.^o) es uno de tantos medios admitidos de inmatriculación.

Para lograr esta inmatriculación, y con relación a la anterior adquisición, son sus palabras: "No se trata, pues, de justificación alguna de una adquisición anterior a una fecha tope, sino simplemente de una constancia documental de la adquisición a favor del transferente, y que, como tal, será anterior a la que constituye el contenido propio del documento inmatriculable."

III.—EFFECTOS DE LAS DIVERSAS INSCRIPCIONES PRACTICADAS AL AMPARO DEL PRECEPTO.

En conclusión, ante aquel estado de laguna técnica de que nos hablaba Hans Kelsen, el hecho es que se practican y se vienen practicando en los Registros de la Propiedad inscripciones diversas al amparo del precepto que nos ocupa, y cuyos efectos hay que determinar con absoluta precisión.

(1) *Anuario de 1935*, pág. 596.

(2) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I, págs. 167 y 182.

Y la primera pregunta que surge es: En aquellos casos en que la inscripción practicada lo ha sido con un criterio amplio y bastó la mera manifestación del interesado, no obstante deducirse de modo claro que el Notario no tuvo a la vista documento alguno que justifique el derecho del transferente, ¿qué es lo que se ha inscrito, el dominio o la posesión?

Los jurisconsultos alemanes Savigny y Puchta, que definen la propiedad como el derecho de *dominación* sobre las cosas, dan un sentido similar a los términos *propiedad* y *dominio*; y si entendemos con Alb. H. Post que "la característica de la propiedad, no en sentido económico, sino jurídico es el aspecto *negativo*, o sea el *derecho de excluir* a todos de la dominación de la cosa de que somos propietarios", nos resistimos a admitir que un plazo de prescripción tan breve como el de dos años baste para conferir al propietario inscrito ese derecho de *exclusión* "*erga omnes*", que puede tener enfrente derechos sagrados y de sólido fundamento.

Toda la teoría general de la prescripción, ya la presunción de abandono o renuncia por el propietario desposeído (teorías subjetivas) : ya las razones de necesidad o utilidad social (teorías objetivas), cae por su base ante un plazo tan breve para la adquisición del dominio.

El Registrador Torres y García Valdecasas, en las Memorias aludidas estima que, admitida en el Registro, y para dar acceso a la propiedad no inscrita, la titulación ordinaria, su eficacia jurídica debió ser única y exclusivamente, la propia del título inscrito en relación a la situación en que constaba, o sea a la situación de posesión; en consecuencia, "sólo debió dársele e la inscripción correspondiente los efectos de la posesión inscrita, no los efectos dominicales." "Se comprendió que era violento el dar estos efectos inmediatamente y se los aplazó por dos años, tiempo insuficiente para prevenir posibles despojos."

Fernández Feijoo cree que a los expedientes de dominio y de posesión debería agregarse otro tercer medio de inmatriculación, o sea la "escritura traslativa de posesión, que consistía en permitir la inscripción de todo título, fuera cual fuere la fecha de su otorgamiento, con el carácter de posesión".

Poole y Cordero considera debió señalarse un plazo mínimo indispensable, justificativo de una garantía en la adquisición, para que pudiera inscribirse sin el requisito de la previa inscripción. ¿Cuánto? es difícil determinarlo *a priori*. En principio, si lo que se trata es de inscribir el

dominio, por lo menos de diez años, entre el título del transferente y él otorgado por este que quiere registrarse; y si por la limitación del efecto contra tercero se estimase que en realidad sólo se inscribe una posesión, el lapso de tiempo debía ser de un año y un día.

Reducida la cuestión al derecho constituido, y con los elementos que él nos aporta, una lectura meditada del precepto que es objeto de nuestro estudio lleva al ánimo el convencimiento de que el párrafo 3º del artículo 20 habla de la inscripción de los documentos públicos (sin especificar si relativos al dominio o la posesión). y, como excepción al párrafo 1.º, está engarzado con él en regular unos mismos documentos, éstos son: *los documentos en virtud de los que se transfiera el dominio o la posesión de bienes inmuebles*. Cabe, por tanto, sin una interpretación violenta, admitir que un título traslativo de la posesión puede y debe ser registrado al amparo de este procedimiento excepcional de inmatricular.

¿Y cuándo se podrá afirmar que el vendedor tiene la posesión? ¿Cuando tenga a su favor un expediente posesorio? No, porque en tal caso no sería necesario inscribir en acatamiento a lo dispuesto en el precepto aludido y se aplicaría el caso 1.º de la regla 4.º del artículo 87 del Reglamento Hipotecario

Podemos afirmar que el documento será de transferencia de la posesión cuando el vendedor sea un poseedor simplemente. Es tan elemental la afirmación, que casi raya en los linderos de lo simple. No vamos a extendernos en razonar el concepto jurídico, ni las especies, ni los efectos de la posesión, cuando otros autores, con mayor autoridad que nosotros, se han ocupado de ello. No olvidemos, por ejemplo, la definición de Brugi: "Estado de hecho o de goce, digno de tutela provisional que, bajo ciertas condiciones, puede acabar en un estado de derecho"

En nuestro concepto, específicamente el transmitente que no exhibe al Notario autorizante de la escritura de transferencia o al Registrador el título que le acredite como dueño, *aunque lo mencione en la escritura*, no puede ser considerado sino como un poseedor.

O la constancia en la inscripción de las circunstancias de la adquisición anterior sirve para algo o no sirve para nada. No creemos esto último, sino que, por el contrario, es un dato alegado por el transmitente a los efectos de los artículos 436, 438, 440 y 1.960 del Código civil, que regulan la transmisión de la posesión y la manera de com-

putar el tiempo de ésta, uniendo el tiempo del poseedor actual al de su causante, sea a título oneroso, sea a título lucrativo.

Este cómputo mal puede tener lugar si el título de adquisición del transmitente no ha sido debidamente probado, ya que a los efectos de prescripción el justo título del poseedor no se presume y debe probarse, según exige el artículo 1.954 del Código civil.

Llamamos la atención de cuantos se ocupan de estos problemas, sobre todo para la determinación de los efectos de las inscripciones practicadas al amparo de este medio de inmatricular, sobre la capital importancia que para una construcción científica definitiva acerca del valor de aquéllas, tiene el aludido precepto del Código civil.

No valen sutilezas de derecho científico y rasgos de cultura legislativa extranjera ante un precepto claro de nuestra legislación.

El párrafo 3.^o del artículo 20 de la ley Hipotecaria en la prescripción adquisitiva del dominio debe regirse de modo inexorable por el artículo 1.940 del Código civil.

Para la prescripción ordinaria del dominio se necesita.

Poseer la cosa con buena fe y justo título por el tiempo determinado por la Ley.

Entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate (art. 1.952 del Código civil).

El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido (artículo 1.953 del Código civil).

El justo título debe probarse; no se presume nunca (artículo 1.954 del Código civil).

El dominio se prescribe por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes con buena fe y justo título (artículo 1.957 del Código civil).

Si es principio de Derecho que "nadie puede dar lo que no tiene" (sentencia de 24 de noviembre de 1894), el que posee simple y llanamente no puede transmitir más que esa posesión, y esa posesión podrá sólo convertirse en dominio con las condiciones generales del Código civil.

De este modo quedan garantizados y a cubierto los derechos de posibles perjudicados ante la audacia de quienes pretenden convertir el Registro en amparador de desafueros y en legalizador de detenciones.

El tercero que contrate sobre inmuebles inmatriculados al amparo

del párrafo 3.^º del artículo 20 de la ley Hipotecaria, hará bien en examinar minuciosamente el título de adquisición alegado por el transferente, o sea *las circunstancias esenciales de la adquisición anterior*, y que deben constar en la inscripción, analizará la robustez y valor de esa adquisición; y teniendo en cuenta que es *causa que consta explícitamente en el Registro* (art. 37 de la ley Hipotecaria), adoptará la decisión más conveniente a sus intereses, sin pensar nunca que la inscripción pueda protegerle, aun pasados los dos años de su fecha, de las acciones rescisorias y resolutorias que puedan ejercitarse por un tercero.

Sólo la prescripción regulada por los preceptos generales del Código civil podría constituir la excepción contra tales acciones.

De esta forma, y con esta interpretación que el uso hecho del precepto legal obliga a dar, pueden admitirse inscripciones basadas en una afirmación del transferente, y que una elemental regla de ética jurídica debe distinguir de aquellas otras basadas en una documentación sólida y probada suficientemente.

Nosotros nos atreveríamos a proponer la adopción de una práctica jurídica registral, consistente en la fijación de una reserva, de las posibles acciones derivadas del título del transferente, contra tercer adquirente, al practicar el asiento, y de este modo se advirtiera al referido tercero el peligro que corría en tanto la prescripción ordinaria no legitimara su derecho.

No andaremos tan descarriados en nuestra apreciación del problema, por cuanto, cuando éste se plantea en el ámbito de la realidad, surge ésta en el sentido que propugnamos. Tenemos, y viene a colación la cita, noticia cierta de que alguna entidad de importancia que opera sobre el crédito sobre inmuebles ha tomado en firme el acuerdo de no facilitar cantidad alguna garantizada con hipoteca sobre finca inscrita al amparo del párrafo 3.^º del artículo 20 de la ley Hipotecaria, aun transcurridos los dos años de vigencia del asiento, hasta que la prescripción normal del Código civil no haya convalidado el dominio alegado por el hipotecante.

IV.—EL ASPECTO FISCAL DEL PROBLEMA.

Aun cuando parece tener relación la legislación fiscal con la materia que nos ocupa, un precepto legal, el artículo 235 del reglamento del Impuesto de Derechos reales de 29 de marzo de 1941, obliga a los No-

tarios que autoricen documentos a que se les haga constar por los interesados que el título o instrumento mediante el cual acreditan el derecho que se transmite satisfizo el impuesto o fué declarado exento.

Este precepto, de carácter obligatorio, no da lugar a dudas, y véase cómo un precepto de carácter fiscal, que indudablemente obliga a reseñar una carta de pago, fecha de ésta y oficina ante la cual se satisfizo el impuesto, puede servir para presuponer lógicamente la existencia de un título que acredite el derecho de transmitente, fehaciente a tenor del artículo 1.227 del Código civil, ya que mal puede compaginarse un pago sin un documento anterior que lo motive.

Un cumplimiento del precepto, aminoraría los casos de transmitente sin título justificativo de su adquisición anterior, y un robustecimiento de la depuración que debe preceder a toda inmatriculación por todos los medios conocidos en Derecho.

CONCLUSION

El deseo de que los asientos registrables tengan el prestigio y la seguridad que por su propia virtualidad deben tener, nos movió a trazar estas mal pergeñadas líneas.

No pretendemos haber llenado, ni mucho menos, la laguna técnica que al principio apuntábamos.

Pero sí es preciso fijar cuándo en nuestra legislación inmobiliaria sucede, como en la alemana, que las divergencias existentes entre los datos del Registro y la situación jurídica real, en casos de falsedad no impugnada, desaparecen, al cabo del tiempo, con el triunfo de la inscripción sobre la realidad.

ANTONIO VENTURA GONZÁLEZ,
Registrador de la Propiedad

4-I-1943

La situación actual del inquilinato

Con estas notas pretendemos llamar la atención sobre los problemas del inquilinato, desde hace algún tiempo olvidados por las revistas profesionales (1) y analizar las más notables desviaciones que con respecto a la locación clásica del Código civil presenta el arrendamiento regulado por el Decreto de 29 de diciembre de 1931 y disposiciones posteriores, adelantando que las encontramos plenamente justificadas por las circunstancias y en modo alguno merecen nuestra censura en principio, ya que los principales reparos que pueden oponerse nacen del desarrollo concreto del régimen de excepción y del peligro de que éste llegue a ser considerado como susceptible de ser mantenido indefinidamente y en circunstancias normales.

* * *

El problema de la vivienda, ya conocido en otros tiempos (2), al rebrotar en la actualidad con una violencia extraordinaria, ha moti-

(1) No conocemos en las revistas ningún artículo o comentario posterior a 1 de abril de 1939, y los anteriores son escasos.

(2) La crisis de los alquileres en Roma dió lugar a un decreto de Julio César estableciendo una moratoria de un año para el pago de las rentas, y originó censuras de Cicerón en cuanto a los abusos de los inquilinos, y sátiras de Juvenal contra los propietarios. En la Edad Media se presenta en los grandes mercados, en los centros de estudio, en los santuarios de fama y en las capitales del cristianismo. Nuestro arzobispo de Toledo aparece en los archivos de Avignon como una de las altas personalidades que protestaron contra la escandalosa subida de rentas que siguió a la instalación del Papado en aquella ciudad. Como sanción se empleó la excomunión y como medida intervencionista, comisiones de tasadores de casas. Jerónimo González. *Arrendamientos urbanos*. Madrid, 1926, pág. 2. "El establecimiento de la Corte en Madrid dió lugar a una legislación excepcional sobre arrendamientos, de la que dan testimonio las leyes del título XIV, libro III, de la Novísima, y entre ellas, más principalmente la 24.... El Auto Acordado del Supremo Consejo de 31 de julio de 1792 (ley 8 del tit. X, libro X, de la Novísima) remedió muchos abusos." Benito Gutiérrez: *Códigos....* Madrid, 1877, IV, págs. 439 y sigs.

vado abundantes previsiones del legislador integrantes de un "derecho excepcional" (3), que, según Ennecerus, cercena profundamente las normas del arrendamiento y de la propiedad (4), y añadimos por nuestra parte, subvierte conceptos fundamentales de derecho privado. Insistimos en que dicha evolución jurídica en abstracto persigue un fin de indudable equidad y merece toda simpatía. Y nos interesa subrayar algunos aspectos de la misma en cuanto a: I) el concepto de contrato y su generación. II) la temporalidad que caracteriza al arrendamiento clásico. III) la situación de las partes; y IV) las consideraciones generales que de tal examen deban derivarse.

I) EL CONCEPTO DE CONTRATO Y SU GENERACIÓN, REFERIDOS AL INQUILINATO EXCEPCIONAL (5)

A. La función de la voluntad en la formación del contrato ha sido, en la doctrina tradicional y en los ordenamientos positivos por ella inspirados, poderosa y casi exclusiva. Como la realización de dicha voluntad constituye la razón de ser del negocio jurídico (6), aquél descansa sobre los principios siguientes: 1.º, no existe sin el consentimiento (7) que se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre su objeto y causa (8); 2.º, este consentimiento determina libérrimamente el contenido del negocio dentro de los "límites legales" (9), que se consideran excepciones de policía, y 3.º, una vez perfecto el contrato, aparece como ley superior e independiente de la voluntad de las partes (10), norma contractual a la que se somete el Juez en las posibles derivaciones contenciosas y ante la que se de-

(3) Algun Juez municipal ha sostenido que las disposiciones sobre inquilinato no son "excepcionales", olvidándose del sentido técnico de esta calificación (*jus singulare*) y suponiéndole un contenido peyorativo que no tiene.

(4) *Tratado de Derecho Civil*, II, 2, 126 a, pág. 143.

(5) Desde ahora, y por simplificación terminológica, llamamos "inquilinato excepcional" al regulado por el decreto de 29 de diciembre de 1931 y disposiciones concordantes.

(6) Ennecerus, obra cit., I, 2, 136, pág. 53

(7) Art. 1.261 del Código civil.

(8) Art. 1.262 del Código civil.

(9) La voluntad contractual dice Bonelli, es soberana de sus propios intereses, mientras no atente al orden público, las leyes lógicas o la sustancia de las instituciones jurídicas. Doctrina recogida en nuestro artículo 1.255.

(10) Artículos 1.091, 1.256, 1.258 y 1.278 del Código civil.

tiene el Legislador en tanto en cuanto le interesa la seguridad jurídica (11).

B. Pues bien, el inquilinato regulado por las disposiciones excepcionales ofrece estas particularidades correlativas: en cuanto a lo primero, se prorroga obligatoriamente para los arrendadores y a voluntad de los inquilinos (12). Si se considera la naturaleza de esta prórroga, trátase del contrato primitivo que continúa (tesis del Supremo en las prórrogas de arrendamientos rústicos) o de uno nuevo que sin solución de continuidad sigue al anterior (tesis de analogía con la tácita reconducción), es evidente que en ambos casos el contrato nuevo o la continuación del originario se dan sin el consentimiento de los arrendadores, a los que se imponen por una simple declaración de voluntad de los arrendatarios, apoyada en la ley (13): y vistos a la luz de los prismas clásicos, merecen llamarse "contratos forzados" (14), sin que esto sea una "contradiccio in terminis", como pretende Jerónimo González, sino "in substantia". Es más, puede resultar *impuesto* el mismo contrato originario: el Gobierno civil de Sevilla dictó una importante orden (15) que tiene este sentido de construcción de los arrendadores, lo que recuerda normas de nuestro Derecho histórico (16) y del extranjero (17). Respecto a lo segundo, más que "límites legales" de policía hay un sistema de preceptos coac-

(11) En su concepto se contienen, al menos, tres puntos de vista independientes a saber: el primero, la garantía de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas; segundo, la creación de una clara situación jurídica entre las partes; tercero, la exclusión de toda arbitrariedad judicial, así como de toda apariencia de arbitrariedad. Herrfurth: *Revolución y Ciencia del Derecho*. Madrid, 1932, págs. 42 y sigs.

(12) Artículo 1.^o del decreto de 29 de diciembre de 1931.

(13) Esta declaración de voluntad, que no puede ser receptiva, se exterioriza de ordinario por "actos concluyentes" y da idea de que el derecho concedido al inquilino es del tipo de los de modificación.

(14) Pactos que celebran los interesados bajo la inmediata presión de la ley. Jerónimo González: Ob. cit. en la nota 2.

(15) Publicada en la Prensa local el 11 de julio del año 1942, dispuso que los propietarios han de dar cuenta del desalquilo de locales (art. 1.^o) y explicar si no los realquilaran en quince días, las razones que justifiquen su conducta (art. 3.^o), incurriendo en sanciones en su caso (arts. 4.^o y 5.^o).

(16) El auto acordado del Consejo Supremo de 31 de julio de 1792, inserto en la Novísima, dice en su regla 6.^a: "No puedan los dueños y administradores tener sin uso y cerradas las casas, y los Jueces los obliguen a que las arrienden en precios justos".

(17) Según la ley alemana de escasez de viviendas de 26 de julio de 1923, artículo 4.^o, la autoridad puede obligar al titular del derecho de disposición a que, dentro de un plazo prudencial, concluya un arrendamiento, o concluirlo ella, en caso de resistencia. Disposiciones semejantes se encuentran en el Derecho francés y en la legislación italiana.

tivos que determinan el contenido mínimo del negocio de una manera inderogable y casi institucional. Sobre lo tercero, el contrato se encuentra desde el primer momento al alcance de la autoridad judicial, que siempre puede modificar la renta y durante la vigencia del art. 2.^o de la Ley de 7 de mayo de 1942 ha podido modificar también las demás cláusulas contractuales.

C. Estas desviaciones ni merecen asombro ni son, en principio, censurables. Las robustecen las novísimas orientaciones doctrinales que ponen en crisis la autonomía de la voluntad (18), niegan seriamente la soberana contractual (19) de acuerdo con la creciente publicitación del derecho privado (20) y someten el mismo concepto de contrato, como categoría jurídica, a una revisión (21) muy distinta de aquella que por consideraciones meramente técnicas, casi de taxonomía, pretendieron imponer hace algún tiempo los autores alemanes.

D Del contrato forzado que examinamos sólo interesa extraer ahora esta consecuencia que literalmente copiamos del insigne hipotecarista antes citado: "la persona a quien se ha impuesto una relación jurídica podrá alegar su falta de libertad para, eludir una prestación excesiva, o evitar un sacrificio de su patrimonio, o atenuar una responsabilidad" (22).

(18) En la posición del Derecho europeo en cuanto a la autonomía de la voluntad o libertad contractual, cabe distinguir tres épocas. primera, predominio aparentemente absoluto del contrato libre; segunda, época de las limitaciones de la libertad contractual merced a la crisis intervencionista del principio, tercera, época actual de la transformación social del concepto del contrato y de la libertad contractual, mediante una incorporación funcional del contrato al ordenamiento total con el resultado de un contrato dirigido. Así habla con respecto al Derecho alemán, y nosotros hemos generalizado por estimar que hay razón para ello Wolfgang Siebert en "Contrato y libertad de contratación", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1942.

(19) La exageración del principio de soberanía contractual, como la de todo principio, puede conducir a abstracciones. Juan Castillo "La guerra y los contratos", en *Revista de Derecho Privado*, abril 1940: "Hasta ahora, y con la superstición que reinaba en torno a la ley y la equiparación analógica del contrato—otra figura preeminente en el ordenamiento jurídico del pasado siglo—", Nicolás Pérez Serrano, "El amparo judicial para la revisión de los contratos", en *Estudios Jurídicos*, julio de 1941.

(20) Vid. las conferencias de Pérez Serrano sobre "la reforma del Derecho privado en Alemania, en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, y el artículo de Navas Muller "En torno a la ley de 17 de mayo de 1940", en *Revista de Derecho Privado*.

(21) Vid. la referencia que de la obra de Freisler *Las categorías jurídicas y su modificación por medio de nuestra renovación jurídica* hace la *Revista de Derecho Privado*, abril 1942, y las conferencias de Pérez Serrano antes citadas.

(22) Ob. cit. en la nota 2.

II) LA TEMPORALIDAD. CARÁCTERISTICA DE LA LOCACIÓN, REFERIDA AL INQUILINATO EXCEPCIONAL

A Convienen en que la temporalidad constituye uno de los caracteres indeclinables del arrendamiento: 1) la doctrina de los autores (23); 2) nuestro Código en sus arts. 1.543 y 1.565 (24), 3) el Tribunal Supremo que, aplicándolos, ha precisado que lo prohibido en dichos preceptos no es la indeterminación propiamente dicha del plazo, sino la locación perpetua, porque "la circunstancia de perpetuidad no se aviene ni conforma con las condiciones intrínsecas del contrato de arrendamiento, significando, como significa, un obstáculo legalmente insuperable para que el propietario pueda recobrar en ningún tiempo la posesión y el aprovechamiento directo de la cosa cedida" (25).

B. El Decreto de 29 de diciembre de 1931, y demás disposiciones, reconocen implícitamente esta característica, pero su aplicación conduce prácticamente a su desconocimiento. En efecto, el arrendamiento de excepción resulta en cierto modo perpetuo a causa de: 1º, las prórrogas indefinidas del contrato (26); 2º, la extensión de este beneficio a los individuos de la familia que habitaran con el arrendatario al tiempo del fallecimiento de éste (27); 3º, una aplicación judicial restrictiva de los preceptos de recobro de la finca (28); 4º, la ley de 23 de julio que ha refrendado el criterio de los jueces.

C. Lo expuesto en el párrafo anterior es importante porque en las relaciones jurídicas que tienen trato, el factor tiempo no es una circunstancia accidental. Lo demuestran múltiples aplicaciones que sería largo exponer, dice Ramón María Roca, y por ahora nos basta como ejemplo el art. 1.655 del Código civil, por el cual un mismo contrato puede constituir un arrendamiento o una enfeusis, según se pacte por tiempo determinado o indefinido.

Un inquilinato perpetuo no sería propiamente arrendamiento. El

(23) Vid. Ruggiero: *Instituciones*, Madrid, 1931, t. II, págs. 461 y sigs. Valverde: *Tratado*, Valladolid, 1937, t. III, pág. 460.

(24) "Por tiempo determinado", el primero. "Concluye el día prefijado", el segundo.

(25) Sentencia de 11 de febrero de 1908. Véase íntegra, y también la de 15 de octubre de 1924.

(26) Artículo 1º.

(27) Artículo 3º.

(28) Artículo 5º.

Código y la Jurisprudencia ya han confirmado esta apreciación, la Doctrina está de acuerdo por completo en aceptarla.

Para Gregorio López el arrendamiento de por vida equivalía en el derecho histórico español a la concesión del dominio útil de la cosa (29). Las locaciones perpetuas admitidas en el Imperio romano y practicadas en Francia hasta la Revolución mostraban una tendencia inyencible a transformar el arrendatario en copropietario y descomponer la propiedad en los dos dominios, dice Valverde, porque cuando el arrendamiento se hace a perpetuidad es más bien una alienación (30), lo que me parece claro. Roca reconoce que es la sustancia del censo la que se pretende incorporar al instituto arrendaticio y que el arrendamiento a largo plazo implica una indudable limitación al dominio de la finca arrendada, citando la sentencia de 25 de marzo de 1925, que declaró que un contrato por más de cincuenta años entrañaba desmembración del dominio (31); Flórez de Quiñones, en su reciente y documentado trabajo sobre arrendamientos rústicos (32), sostiene que el término en el contrato "está íntimamente ligado a la intangibilidad del derecho de propiedad".

No es dudoso, por lo tanto, que las prórrogas indefinidas desnaturalizan el contrato.

D. Pues ni aun por eso son censurables. Mientras las circunstancias las exijan y ahora las justifican más que nunca, son la piedra angular del arco levantado para defender los derechos de los arrendatarios. Pero con su mantenimiento y defensa no es incompatible, ni las contradice, esta idea: para que el inquilinato no pese como una verdadera carga sobre la cosa arrendada hay que permitirle adaptarse a los cambios que sufra la situación social y económica en vista de la que las partes contrataron, organizando un "sistema flexible de revisión de rentas para una y otra parte, normal y verdaderamente justa en relaciones jurídicas de largo trácto" (33).

(29) "Transit enim utile dominium ex tali conductione ad longum tempus... et prohibitum alienare, si locat ad longum tempus, incidit in poenam prohibitionis". Glosa 7.^a a la ley XIX. título VIII. de la Partida 5^a, *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, Madrid, 1872, t. I, pág. 657.

(30) Ob. cit. en la nota 23.

(31) *Instituciones de Derecho hipotecario* Barcelona, 1941; t. I, págs. 386 y siguientes.

(32) "Notas sobre la ordenación de los arrendamientos rústicos", en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1942.

(33) La legislación excepcional no olvida esta idea, pero no la desarrolla con toda la amplitud y equidad que son necesarias.

III) LA SITUACIÓN DE LAS PARTES. REFERIDA AL INQUILINATO EXCEPCIONAL

A. La situación de las partes en la locación del Código civil es la que corresponde al contenido tradicional de la misma y no la esbozamos siquiera, por más que conocida.

B. En cambio, en la relación arrendaticia excepcional las partes se nos presentan en una posición confusa que, en algunos aspectos, recuerda lejanamente ciertos rasgos de la enfiteusis. El inquilino no deja de ser arrendatario, pero no acepta la inestabilidad propia del derecho arrendaticio ni su construcción de derecho simplemente relativo y en cuanto ostenta un derecho absoluto, siquiera no sea todavía un derecho real, y pretende su transmisión inter vivos (34) viene a conducirse como si fuera enfiteuta, liberado de las obligaciones que son contrapartida de tal condición jurídica.

Los propietarios, de su lado, no pueden recobrar (según la expresión del Tribunal Supremo antes citada) el uso o aprovechamiento directo de la cosa cedida sino en los casos taxativamente determinados, y esta dificultad de recobrar el disfrute directo supone casi una verdadera carga sobre la finca (35), a la que quita facilidad de negociación. Por el hecho de concluir un contrato obligatorio, tenido de personalidad, han concedido a sus arrendatarios, sin proponérselo, una situación tan privilegiada que ha merecido las más acerbas censuras de Valverde, el más caracterizado representante de la socialización del derecho en nuestra patria y muy poco sospechoso de individualismo, por lo tanto (36).

IV) CONSIDERACIONES GENERALES

A. El inquilinato o arrendamiento de uso, tal como está regulado, resulta una figura jurídica anómala y difícil de encuadrar en el marco acostumbrado de las instituciones. Recuerda caracteres de la

(34) A pesar de que nuestro Derecho no admite la cesión de contrato, por ser contrario a la sucesión particular en las deudas ha surgido, sobre todo en las grandes ciudades, una tendencia cuya pujanza descubren los anuncios de la Prensa, dirigida al traspaso de los arrendamientos, absolutamente contraria a la ley.

(35) Vid. nota 31

(36) Véanse las durísimas censuras que se consignan en las páginas 585 y siguientes del *Tratado* citado en la nota 23

enfiteusis y presenta la incertidumbre propia de toda solución intermedia.

Por lo que interesa examinar: 1) ¿se dirige el inquilinato de un modo decidido e irremediable hacia las formas enfiteúticas?; 2) ¿se justificaría que definitivamente se transformase en censo?. 3) ¿es deseable que tal cosa suceda?

1) Es difícil contestar con probabilidad de acierto a la pregunta por falta de la necesaria perspectiva histórica, pero es necesario aventurar una respuesta. Aunque la "prisa de nuestro tiempo" se proyecte en el campo jurídico con notables resultados (37), no se puede olvidar: a) que los cambios de la conciencia colectiva son lentísimos; b) que la evolución jurídica determinante del traspaso de la propiedad a los enfiteutas fué cosa de siglos; c) que las actuales leyes de excepción sobre el inquilinato son relativamente modernas, de hace veintiocho años, y los ejemplos que ofrece la historia tienen marcado carácter esporádico; d) que dicha legislación, en el presente, no se ha mostrado ni uniforme ni duradera, pues en todos los países la desnaturalización del inquilinato se proclamó medida circunstancial y en todos—menos en España—se volvió al régimen de la locación clásica en cuanto las circunstancias lo permitieron (38). Hay fundamento razonable por lo dicho para afirmar que no hay una verdadera convicción jurídica colectiva en pro de una transformación irrevocable del instituto arrendaticio urbano, y que, a pesar de las opiniones en contrario, el inquilinato no marcha irremediablemente a convertirse en un derecho real limitativo del dominio, si bien hoy funcione en algunos aspectos como si lo fuera.

2) No se justificaría, por otra parte, su transformación en censo, pues no se dan en él las razones que motivaron el traspaso de pro-

(37) Víd. las interesantes conferencias que dió De Buen en el verano de 1934 en Santander.

(38) La exposición de motivos del decreto de 29 de diciembre de 1931 no pudo menos de omitir—porque es de suponer que sus redactores no desconocían el cambio que estaba operándose—que desde antes de su fecha los países europeos afectados por el problema de la habitación que se inició en la guerra y se agravó al terminar ésta, volvían gradualmente, y con las necesarias cautelas, al régimen de derecho común. Al parecer, en dichos países se da como indiscutible que el inquilinato excepcional ha de ser transitorio, y si se mantiene por tiempo indefinido, atenta contra el bien común y lesiona los mismos intereses de los inquilinos. Es de suponer que la actual guerra habrá determinado un renacimiento del régimen de excepción, lo que en nada desvirtúa estas afirmaciones, pues de nuevo se han producido estados de hecho que lo hacen absolutamente indispensable.

piedad a los enfiteutas (39) y sobre todo los inquilinos pueden ser protegidos con eficacia sin necesidad de convertirlos en propietarios, ya que tal cosa excedería notablemente del fin perseguido y significaría no la resolución equitativa de un problema, sino su eliminación por eliminación de uno de sus términos. Las normas de derecho permiten la lesión de intereses humanos en el conflicto diario de la vida social tan sólo en la medida indispensable para la realización de aquellos otros que se declaran jurídicamente tutelados, pues, por razones de justicia y economía funcional de la convivencia; procuran la satisfacción de los protegidos con el mínimo quebranto de los que no se tutelan. Estos principios se oponen a que cristalicen los actuales rasgos enfíteticos del inquilinato, que únicamente pueden defenderse en cuanto los exigen las circunstancias y teniendo presente que: a) su permanencia produce el efecto indirecto, pero importante, de agravar el problema de la habitación cuyo remedio se busca; b) que el remedio eficaz del mismo consiste en una adecuada política de la edificación que termine con la escasez de cuartos habitables (40).

3) No es deseable tampoco que el inquilinato quede enfítetico para siempre, por estas razones: a) supondría la expropiación de los dueños actuales y b) haría desaparecer toda clase de iniciativa privada en el campo de la edificación.

B. Hemos visto que no está el inquilinato irresistiblemente atraído por las formas censales y que no es justo ni deseable que las imite en una configuración ordinaria. Pero como contrato excepcional, forzado (41) y de trámite indefinido (42) produce ciertos efectos análogos a los de la enfiteusis.

C. Dichas anomalías de contenido, en cuanto justificadas por la situación presente, pueden aceptarse, ya que resuelven, aunque tan sólo de momento, el grave problema de la habitación.

(39) La tierra objeto de la relación enfítetica no recibió ningún valor por causa de los concedentes y sí por razón de los concesionarios que se encargaban de convertirla en cultivada y cultivable, prestando un servicio excepcional a la repoblación y cultura de Europa. La diferencia de valor humano y social que ello supuso entre censualistas y enfiteutas motivó que el dominio pasara de los primeros a los segundos según una evolución que sintetiza acertadamente Aguado Merino en su *Legislación Notarial*, Madrid, 1933, págs. 186 y sigs.

(40) Nuestro Caudillo, con clara visión del problema, promueve por todos los medios, y en cuanto lo permiten las circunstancias de la postguerra, la edificación. Vid. la meritísima legislación creadora del Instituto Nacional de la Vivienda, Obra Sindical del Hogar, y la igualmente meritísima actividad que desarrollan estas instituciones.

(41) Apartado I de este trabajo

(42) Apartado II del presente artículo.

Merecen, sin embargo, rectificación: en el futuro, la prolongación indefinida del sistema, que es un arma de doble filo (43). En el presente, el desarrollo práctico del régimen de excepción a través del Decreto fundamental, disposiciones concordantes y aplicación judicial que ha conducido a una situación de desigualdad entre las partes.

D. Este último defecto se corregiría con tener en cuenta y realizar ampliamente, tanto en la norma como en su realización judicial, dos ideas ya apuntadas en este trabajo:

a) Si la fuerza vinculante de un contrato voluntariamente celebrado, en los de largo trácto, se entiende supeditada a la cláusula "rebus" (44) o sus versiones modernas (45), la persona a quien se haya impuesto un contrato con mayor razón podrá pedir que se resuelva si la continuación en el vínculo la resulta excesivamente onerosa (46).

(43) Véanse los juicios de Valverde, ob. cit., y Castan, *Notarías*, 1941, III, sobre la retracción del capital en la edificación por consecuencia del régimen restrictivo, y sobre todo, consultese la documentada conferencia que pronunció en Madrid, 1933, Ordóñez García sobre "Las fincas urbanas...", en la que aparece una detallada relación de las leyes europeas de retorno al régimen común, sus fechas, y los beneficiosos efectos que produjeron.

(44) "Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligitur." Nacida de los juristas del siglo XIV, olvidada por la Escuela de Derecho Natural el Código napoleónico y los que en él se inspiraron, fué recogida en el B. G. B., en el Código suizo de las obligaciones y en el Código civil de la Rusia soviética. Muy aplicada con motivo de la primera guerra mundial, ahora, en esta segunda, se tiende, más que a destruir los contratos, resolvéndolos, a reformarlos, adaptándolos a las circunstancias. Tal es el espíritu de la V. H. alemana. Hedemann afirma, que el "Código popular de los alemanes" contendrá la cláusula, y en el proyecto de Stoll para este ordenamiento se acoge en términos de gran amplitud. En nuestro Derecho, entiende Viñas Mey que hay que juzgarla aplicable, y Roces ve en algunos artículos del Código un eco de la misma. Después del Glorioso Alzamiento Nacional, el Tribunal Supremo (sentencias 14 diciembre 1940 y 17 mayo 1941), reconociendo que no está admitida hasta el presente como norma general y bien perfilada en el Derecho español, añade que "pueden registrarse en el Código mismo y en la legislación del nuevo Estado, con relación a determinados casos, algunos atisbos y aplicaciones aisladas de ella. En síntesis la crisis de los principios de seguridad jurídica y soberanía contractual (justicia formal) ha supuesto el auge contingente de la cláusula rebus (justicia material), bien entendido que no puede desearse que ésta destruya por completo a aquellos que representan un alto valor de cultura no precisado sino de correcciones aplicadas con toda cautela.

(45) La "presuposición" de Winscheid, hoy abandonada, y la "base del negocio", de Oertmann, actualmente en predicamento.

(46) En Alemania, la ley de 17 de febrero de 1928, no obstante ser rigurosísima, en su párrafo 2º concedía al arrendador un derecho de resolución por desaparición de la base del negocio. Sobre las previsiones legislativas del tercer Reich y las motivadas por la actual contienda, informan el artículo de Schaefer "La renovación del derecho privado alemán", en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1941; "El amparo judicial..." ya citado, de Pérez Serrano, y últimamente el artículo del subsecretario doctor Schlegelberger "La ayuda judicial a los contratos en el nuevo Derecho germánico", en *Información Jurídica*, enero 1943.

b) Si se estima que la gravedad de la crisis de los alquileres exige a todo trance el mantenimiento de los contratos y aconseja que no se expongan éstos a una resolución por "cambio de las circunstancias básicas", bastará tener presente que en las relaciones jurídicas de largo trámite una revisión articulada con amplitud es suficiente para establecer en cualquier caso el equilibrio de las prestaciones y conformarlas con la justicia.

RAFAEL FLORES MICHEO,

Registrador de la Propiedad
Notario.

Algo sobre el artículo 3.^º de la novísima ley de Arrendamientos rústicos de 23 de julio de 1942

En muchos Juzgados de España es cuestión candente la rendadicia por la referencia que este ordenamiento jurídico hace al factor de producción tierra con sus consiguientes derivaciones en lo económico y social. Y sin duda, de los puntos neurálgicos de este tan discutido y complicado sistema ordenatorio de nuestros arrendamientos, ocupa lugar preferente el de la "cosa debida" en la relación obligacional entre arrendador y arrendatario. Cuál sea esta cosa "debida" es lo que motiva el problema que en los momentos presentes produce la cuestión. ¿Debe el arrendatario pagar siempre en numerario previa la corrección de valores, atendido el denominador común del "quintal trigo", tanto en los contratos cuya renta está pactada en dinero como en especie, bien sea ésta trigo o cualquier otro su producto y sea el contrato de arrendamiento anterior o posterior al 23 de julio de 1942? ¿O la corrección de valores en la renta que impone el art. 3.^º de la Ley es solamente aplicable a los contratos cuya renta esté pactada en numerario, dejando a salvo aquellos en que se hubiere pactado en especie cualquiera que ésta sea?

Y a los efectos presentes parécenos necesaria, para centrar el problema, sentar una tercer interrogante: ¿Resuelve las dos primeras interrogaciones el art. 3.^º de la Ley de 23 de julio de 1942? A nuestro entender, sí. El art. 3.^º de la Ley ha tenido como principal objeto el corregir la desigualdad de rentas por la oscilación del precio de cereales en el mercado a causa de la anormalidad del momento presente. Y como cereal de más demanda y, por tanto, de precio más elevado, se eligió el "patrón trigo" sólo para efectos de elevación de renta, pues verificada la corrección de valor debe pagarse en numerario, consiguiéndose así una participación del arrendador en la ganancia "oca-

sional" del arrendatario. Y esta corrección sólo se impone como implacablemente señala el art. 3.^o de la Ley en los contratos cuya renta se hubiera fijado numerario. Los otros contratos cuya renta esté pactada en especie, sea ésta trigo o cualquier subproducto, llevan en sí la autocorrección de valor que han motivado las presentes circunstancias del mercado y que resuelve el tan citado art. 3.^o en los contratos cuya renta por estar fijada en numerario de no hacerse esta corrección de valor dejarían en inferioridad injusta al arrendador contra el principio de igualdad base de los contratos.

Y no se diga que el arrendatario se encuentra en la imposibilidad de hacer el pago en la especie pactada, sea ésta trigo u otro producto, como consecuencia del ordenamiento especial y régimen intervencionista del Servicio Nacional del Trigo creado y regulado por Ley y Reglamento de 23 de agosto de 1937, ya como claramente señala el preámbulo del Decreto fundacional de este servicio y los de sus disposiciones posteriores, no ha tenido otra finalidad que "revalorizar el precio del trigo e intensificar su producción", limitándose su intervención a señalar los anuales precios de tasa, oscilatorios desde 50 pesetas quinalt métrico hasta 84 pesetas, con las diferencias de 0,70 a 0,40 mensuales que la Ley no recoge en aras de la claridad y erigiéndose en único comprador después de deducidos "los cupos de reserva" de 200 ó 125 kilos por persona a que tienen derecho los productores, rentistas y funcionarios que por costumbre de más de cinco años percibían el pago por "iguales". Sólo después de deducido este "cupo de reserva" entra en juego la monopolización del S. N. T., y no con objeto de consumirlo oficialmente, sino de venderlo con el recargo al precio de tasa anual de 3 pesetas por gastos de servicios más 1,55 pesetas a molinos clausurados, más el importe en cada caso de los trabajos de desinfección y limpieza del cereal. El subproducto (por vía de ejemplo nos referimos al trigo), recargado su precio de tasa con las anteriores exacciones, se vende a cualquier comprador, sea éste fábrica, molino-fábrica, sembrador o particular, evitándose así la depreciación del trigo y regularizándose al propio tiempo el mercado.

En algunas regiones como Galicia, Asturias y Santander, atendida la contextura de su agronomía y especialmente la parcelación de su propiedad, así como el escaso porcentaje del trigo en comparación con las otras regiones trigueras, señálanse precios de tasa más elevados, que

oscilan entre 101 a 96 pesetas quintal métrico. Si, pues, el ordenamiento triguero, tanto anterior como posterior a 23 de julio de 1942, reconoce la realidad del pago de la renta en especie: sea trigo u otro de los cereales, que somete a su intervención y distingue entre las personas que tienen derecho al "cupo de reserva": los propietarios-productores, productores, rentistas, y extiende el cupo a las personas de la servidumbre. ¿Cómo, pues, puede hablarse de imposibilidad legal y de hecho de realizar el pago tanto de rentas atrasadas como presentes en aquellos contratos anteriores a 23 de julio de 1942 cuya renta se pactara en especie? Y si, como hemos visto, la corrección de valor del art. 3.^o de la Ley buscó, en aras de la verdadera justicia social, la participación del arrendador en la elevación ocasional del mercado de cereales. ¿puede interpretarse el silencio literal del art. 3.^o como condenatorio del pago de especie? No. A nuestro juicio, la más elemental hermenéutica caldeada con la verdadera justicia social nos dice que el silencio literal de la Ley al hablar del pago en metálico a partir del año agrícola 1942-1943, tanto para los contratos anteriores como los posteriores a 23 de julio de 1942 cuya renta esté fijada en numerario y no hablar nada de los en que se hubiere pactado la renta en especie anteriores a la publicación de la Ley y sólo a los futuros, o sea a los que se celebren en lo sucesivo, como establece el párrafo primero del tantas veces citado art. 3.^o, es que reconoce la legitimidad del pago en especie, sea trigo u otro cereal, y ello debe ser así, pues estos contratos llevan en sí la autocorrección de valor que impone el mercado. Caducados estos contratos y libres las partes en uso de la autonomía que la vigente Ley nos concede para fijar la cuantía de la renta, y si entonces no es otro el régimen arrendaticio tendrá que cumplirse el artículo 3.^o, párrafo primero de la Ley y fijarse el trigo, pagándose en numerario. Rotos los lazos de la relación arrendaticia y libres las partes de celebrar o no nuevo contrato, será una solución justa en el terreno legal la del párrafo 1.^o del art. 3.^o de la Ley, pues ya no median las consideraciones de justo interés que la parte arrendadora tuvo para preferir el pago en especie y la parte arrendataria para aceptarlo en tiempos en que por otra parte le resultaba más económico y fácil el pago en esta forma, consideraciones que se violarían si la Ley no hubiera hecho la salvedad que comentamos al no referirse en su art. 3.^o a los contratos en especie anteriores a la fecha de su publicación. Vese,

pues, que la división cronológica del art. 3.^º resulta justa, ya que son distintos los fundamentos de los contratos en las dos clases de numerario y especie y en las dos épocas de anteriores y posteriores a 23 de julio de 1942. Si, pues, ésta es la justa solución de la Ley y no existe imposibilidad de hecho para verificar el pago en especie, como se deduce de la vigente legislación triguera a que nos hemos referido, la admisión de consignaciones en numerario en contratos en especie anteriores a la fecha de 23 de julio de 1942 resulta, a nuestro juicio, nula legal y moralmente, tanto en derecho constituido como constituyente. ¿Y ante esta infracción legal de principios de derecho y del art. 3.^º de la ley de 23 de julio de 1942 y de los arts. 1.166 y siguientes del Código civil, qué remedio tiene la parte perjudicada por la admisión de dichas consignaciones? Solamente el desear que el legislador, aunque sea con encarecimiento de la justicia, rebaje, en aras de este problema de "Orden Social", el límite a 5.000 pesetas que para entablar el recurso de revisión por dicha infracción legal señala la disposición transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940 hasta una cuantía más ajustada a la realidad y donde por otra parte el problema social y de Orden Público es más agudo.

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ COLUBI,

Registrador de la Propiedad
y Abogado del I. C. de La Coruña

La inscripción de bienes adquiridos por la mujer casada a título oneroso

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de octubre de 1941 vino a suscitar una vez más la antigua cuestión que el art. 1.407 del Código civil plantea en sus aplicaciones prácticas dentro del campo registral. El gran número de resoluciones y sentencias dictadas en relación con este punto, aunque han tenido y tienen siempre una coincidencia en lo fundamental, difieren lo suficiente en cuanto a sus detalles para que sea uno de los que más dudas originen en el desarrollo de la labor del Registrador, sobre todo antes de que un detenido estudio sobre la materia y la experiencia diaria de la profesión nos hagan formar un criterio decidido y claro acerca del mismo.

En teoría no son muchas las dificultades: los arts. 1.401 y 1.407 del Código civil son terminantes. Los bienes del matrimonio se reputan gananciales salvo prueba en contrario; pero al trasladar este precepto a la práctica las dificultades y dudas surgen abundantes, como lo prueba la abundante jurisprudencia en relación con la doctrina legal.

El caso a que se refiere la Resolución que comentamos, y en el que hemos de fijarnos especialmente, es el de una adquisición a título oneroso hecha a nombre de la mujer casada durante el matrimonio. En tal supuesto la jurisprudencia se ha decidido siempre de una manera unánime en el sentido de que los bienes adquiridos de esta forma tienen el carácter de gananciales, no importando que en el título se manifieste que el dinero del precio es de la exclusiva pertenencia de la mujer, siempre que tal alegación no se pruebe cumplidamente. En realidad, en este punto no cabía otro criterio, ya que no es sino la traslación a la práctica del precepto del art. 1.407 del Código civil.

La divergencia surgía en lo que pudiéramos llamar mecánica del Registro, pues al hacer la inscripción, si en el título nada se decía sobre el carácter de los bienes, unos Registradores inscribían simplemente a nombre de la mujer; otros añadían que esa adquisición tenía carácter ganancial; y otros, en fin, inscribían a nombre de la sociedad legal de gananciales. Y en cuanto al caso de que en el título se hiciera por la mujer, o por ésta y el marido, la manifestación de que el precio era de la exclusiva pertenencia de ella, sin probarlo, unos denegaban la inscripción; otros suspendían hasta tanto se probase, y algunos prescindían de aquella manifestación en el acta de inscripción, aunque en el fondo de la misma la relacionasen, como una circunstancia cuyo conocimiento pudiera interesar en su día a los futuros contratantes sobre los bienes.

La Resolución de 11 de octubre de 1941 se limita a establecer la improcedencia de hacer inscripciones a nombre de la sociedad de gananciales toda vez que no es una personalidad distinta de la de los cónyuges, así como a determinar el efecto de aquellas manifestaciones de los interesados que—dice—deben hacerse constar en las inscripciones, pero no prejuzgan en modo alguno la naturaleza ganancial o privativa de los bienes.

Siendo esto así, se comprende que no se ha hecho sino reiterar lo ya resuelto en multitud de ocasiones, y no es explicable que pueda entenderse que con esa doctrina se autoriza el que los bienes con la sola manifestación de los interesados de que son propios de la mujer, adquieran ese carácter en el Registro y en lo sucesivo hayan de ser considerados como tales a todos los efectos, hasta el punto de que sea la mujer y no el marido quien tenga registralmente la facultad de disposición.

Esta parece ser, no obstante, la opinión sustentada en un trabajo publicado en el Suplemento número 442 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO por mi querido compañero y amigo don Bartolomé Menchén Benítez, así como en el cuaderno de Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 1941, en un prólogo firmado por el Sr. Núñez Lagos. Y como no me ha sido posible participar de esa opinión y estimo el punto de un gran interés y trascendencia, me he creído obligado a publicar, aunque con algún retraso no debido a mi voluntad, estas someras consideraciones, sin otro ob-

jeto que llamar la atención sobre el mismo y aspirando, si fuese posible, a contribuir modestamente a su esclarecimiento.

A mi juicio, los bienes inscritos a nombre de la mujer, aunque en la inscripción conste que ella o el marido han manifestado que deben ser considerados privativos, han de seguirse estimando como gananciales para los efectos del Registro; y ello por la simple aplicación del Código civil, que así lo presume salvo prueba en contrario, pues no creo que nadie pueda considerar prueba suficiente la simple alegación de parte interesada. Lo contrario sería reducir a total ineficacia el sistema de nuestra legislación mediante un pre-juicio realizado sin garantía de ninguna clase y con una gran trascendencia práctica, ya que su carácter privativo vendría avalado por una declaración registral con todas sus consecuencias. Creo que ni en la jurisprudencia anterior ni en la Resolución que nos ocupa hay nada que autorice esa interpretación. Antes al contrario: ¿no se dice en ella que las manifestaciones de los interesados hechas constar en la inscripción "no prejuzgan la condición de los bienes dentro de la sociedad conyugal ni al tiempo de disolverse"?

Otra cosa sucede cuando al solicitarse la inscripción a nombre de la mujer se prueba que la adquisición se ha hecho con dinero de su propiedad; entonces, si el Registrador estima suficiente la prueba e inscribe haciendo constar de un modo expreso que no son gananciales, ha calificado, en cuanto se refiere al Registro, la condición de los mismos, y tal calificación, como cualquiera otra de este funcionario, se hace bajo su responsabilidad y ha de surtir su efecto mientras por los organismos competentes no se resuelva otra cosa.

Las razones que en los trabajos a que antes aludía se invocan en contra de la opinión que se acaba de exponer no las estimo en manera alguna convincentes, como voy a tratar de demostrar a continuación. En resumen, son las siguientes:

1.^a Si las circunstancias o datos hechos constar en la inscripción, relativas a la simple manifestación de la procedencia del dinero sirven, según la citada Resolución, sólo para atribuir en su día a un grupo patrimonial los bienes adquiridos por la mujer, pero no prejuzgan la condición jurídica de los mismos, el Registrador, en las sucesivas inscripciones, ha de atenerse al titular inscrito, y así habrá de denegar, por ejemplo, la escritura de venta otorgada por el marido.

No estimamos acertado este razonamiento: aquellas circunstancias que constan en la inscripción es cierto que no prejuzgan la condición de los bienes; pero *precisamente por ello* la presunción "juris tantum" de la ley nos obliga a considerarlos gananciales, y de aquí que sólo el marido pueda disponer de los mismos, aunque la inscripción aparezca a nombre de la esposa.

2.^a La equidad y la ética nos dicen que no debe prescindirse de la esposa al disponer de unos bienes que fueron adquiridos a su nombre.

No creemos tampoco que con la opinión que venimos sustentando se lesionen la ética ni la equidad. La demostración de que los bienes son propios de la mujer puede hacerse en cualquier momento; si así no se hace no puede culparse a nadie del perjuicio que pudieran sufrir.

3.^a Si el Registrador puede decidir el carácter ganancial o privativo de los bienes, queda convertido en Juez y en posesión de unas facultades que la ley ni le concede ni regula.

Vuelve a olvidarse aquí que la ley exige prueba para que los bienes no se estimen gananciales en estos casos; si no se aporta, ha de regir aquella presunción legal. Y si el Registrador estima que se ha probado, no hace más que utilizar su facultad calificadora, bajo su responsabilidad y con los efectos que a la misma concede la ley; por otra parte, creo que nadie pueda extrañarse de que este funcionario, dentro del círculo de sus atribuciones, tenga facultades análogas a las judiciales, pues al calificar un título realiza una especie de juicio que afecta tanto al fondo como a la forma del documento, aunque la trascendencia de su resolución no traspase, como es lógico, el ámbito registral, ni impida la resolución judicial que pueda dictarse.

4.^a Con mantener esa doctrina no se evitan las donaciones entre cónyuges, siendo, en cambio, un gran obstáculo para inscribir a nombre de la mujer bienes que en realidad se hayan adquirido con dinero parafernial.

Estamos conformes con que la doctrina que venimos sosteniendo no evita en absoluto las donaciones dentro del matrimonio, ya que caben muy numerosos arbitrios para burlar esa prohibición legal, pero también es cierto que con la opinión que combatimos se dan toda clase de facilidades para esa especie de contratos, y no sólo esto, sino que se facilita también de manera extraordinaria el fraude a los legí-

timos acreedores del marido o de la sociedad conyugal. Y en cuanto al obstáculo que puede suponer para la inscripción como propios de la mujer de los bienes que efectivamente lo sean, no creo que signifique rémora alguna si los interesados que deben conocer, y en la práctica conocen en la inmensa mayoría de los casos la presunción legal en contrario, se cuidan de sus intereses. Y si no lo hacen así, no se puede culpar, a la Ley de lo que ellos no han querido evitar.

5.^a El inscribir con el carácter de propios de la mujer nada perjudica el que en su día se demuestre donde corresponda que la adquisición fué ganancial.

Efectivamente, la inscripción, ya se haga con uno u otro carácter, sabemos que no impide que ante el organismo competente se ventile la cuestión de un modo definitivo. Pero, ¿y hasta que esa demostración tenga lugar? Piénsese que de esta manera el Registro ha quedado cerrado para todo acto de disposición que no provenga de la mujer, y, por tanto, los bienes han quedado también inmunes a cualquier procedimiento preventivo o ejecutivo que se dirija sobre ellos por obligaciones del marido o de la sociedad conyugal, y esto sin contar con que en ese intervalo se han podido crear derechos de terceros que hagan en la práctica ilusoria la efectividad de la resolución que en definitiva pueda dictarse.

Con lo dicho hasta ahora me parece que ha quedado demostrado, ya que no la certeza de mi opinión, al menos el peligro que resulta de la adopción de la contraria. Y este peligro se hace aún mayor teniendo en cuenta que la novedad radical que supondría en nuestro sistema de legislación civil traería consigo una profunda perturbación en nuestra vida jurídica, originada por el infinito número de situaciones creadas al amparo del sistema anterior y a cuya revisión pudieran aspirar los interesados. Conste, pues, que seguiremos interpretando los artículos 1.401 y 1.407 del Código civil en el sentido que pudiera llamarse clásico o tradicional, sin que para ello sea obstáculo la estudiada Resolución que ya hemos visto que, en definitiva, no viene a decir nada esencialmente nuevo, y hasta tanto que nuevas Resoluciones o razonamientos más convincentes vengan a modificar nuestro actual modo de pensar.

FERNANDO DE LAS HERAS MARTÍNEZ,
Registrador de la Propiedad

Àpostillas a una sentencia

El Tribunal Supremo, entre los numerosos fallos altamente interesantes que pronunció durante el pasado año de 1942, dictó uno sobre la validez de un testamento ológrafo, en el cual, no solamente por las circunstancias de hecho del supuesto jurídico resuelto, sino por su especial matiz, y, sobre todo, por las consecuencias que de aquéllas dedujo la Sala sentenciadora, resulta, a mi juicio, altamente interesante y justificativo de unas líneas comentadoras, que hasta el presente—al menos que yo sepa—no han aparecido aún en las Revistas profesionales, y que, por ello me aventuro a hacer aquí, aunque sea con cierto retraso.

El supuesto de hecho, sucintamente narrado, lo encontramos en el núm. 305 (julio-agosto) de la *Revista de Derecho Privado*, por el profesor Bonet y Ramón.

“Unos cónyuges que habían celebrado matrimonio el 19 de junio de 1936 otorgaron en 1.^º de julio del mismo año sendos testamentos abiertos, instituyéndose herederos únicos y universales, el uno al otro. Establecido el matrimonio en Valencia, fué detenida la mujer por la Policía roja durante un viaje del marido a Madrid, que falleció en esta ciudad en el domicilio de sus hermanas, en agosto de 1938, mientras su mujer continuaba en prisión. Presentado por las hermanas, en un sobre con la indicación del nombre del testador y la fecha “Madrid, 20-I-937”, un testamento ológrafo otorgado por el difunto, fué protocolizado como tal documento del siguiente tenor: “Encontrándome en pleno goce de mis facultades mentales, vengo en disponer lo siguiente: En el mes de junio o primeros de julio de 1936 hice testamento en favor de mi esposa, dejándola cuanto poseía, y actualmente son mis deseos dejarle todo lo que le concede la ley, y el resto a mis hermanas, por partes iguales; si alguna faltara, acrecerá a

las demás. Esta es mi verdadera voluntad. Madrid. 20 de enero de 1936." Firma y rúbrica.

Hasta aquí los hechos de importancia para la resolución jurídica, ya que los posteriores, referentes a la controversia entre la viuda del testador de referencia y las hermanas de éste, no afectan sustancialmente al problema central de la litis, si bien no estará de más hacer constar que el Juzgado de primera instancia declaró ineficaz el testamento ológrafo, mientras que la Audiencia sostuvo la tesis contraria. Formalizada casación ante la Sala primera del Tribunal Supremo, éste, en sentencia de 13 de mayo de 1942, y bajo la ponencia del magistrado D. Manuel Moreno, sostuvo la tesis de la ineficacia de tal testamento ológrafo, a base de estas dos principales razones: 1.^a Ser constante jurisprudencia de la citada Sala el que todas las formalidades del art. 688 del Código civil referentes al testamento ológrafo son absolutamente esenciales, debiendo resultar la certeza de la fecha—año, mes y día del otorgamiento—del contexto del mismo testamento ológrafo, sin que se pueda en ningún caso acudir—aunque del contenido de dicho testamento se deduzca claramente que el testador padeció evidente error en cuanto a la fecha que aparece fijada en el documento—a medios probatorios ordinarios, extraños o exteriores a éste, a fin de precisar la verdadera fecha del testamento. Y 2.^a, que si bien de los términos del testamento en cuestión, especialmente en cuanto se refiere a la alusión que en él se hace al matrimonio del otorgante, celebrado en 19 de junio de 1936, y al otorgamiento por los contrayentes de testamentos en 1.^a de julio del mismo año, instituyéndose recíprocamente herederos, se deduce de modo palmario que la fecha de 20 de enero de 1936, escrita indubitablemente de puño y letra del testador, en el testamento ológrafo posterior es falsa, ya que no cabe duda que el testador no podía tener en tal fecha noticia de hechos realizados meses después; sin embargo, también es cierto, y evidente, que tampoco puede señalarse concreta e indubitablemente, con arreglo al contenido del mismo testamento, y sin acudir a medios de prueba externos o exteriores al mismo, cuál sea la fecha verdadera, por lo cual hay que concluir afirmando, de acuerdo con las razones antes expuestas, la no validez de tal testamento, por faltarle el indispensable y esencial requisito de la expresión exacta del año, mes y día que exige el art. 688 del Código civil.

Sentencia ésta de un extraordinario interés y sobre la cual, como siempre que se adopta una postura decidida y a rajatabla, en un problema espinoso y susceptible de ser mirado desde diversos ángulos y puntos de vista, caben muchas discusiones.

Si la examinamos con algún detenimiento, veremos que el punto neurálgico del razonamiento del Tribunal Supremo reside en la afirmación terminante de que en el testamento, por tratarse de un acto de carácter eminentemente formal, no cabe acudir para su interpretación a elementos exteriores al mismo documento en que consta reflejada la voluntad soberana del de cuius y que, por ello, del testamento de la litis, si bien se deduce el evidente error padecido por el testador al fijar el año de su otorgamiento, sin embargo, no se deduce *del mismo testamento* la fecha verdadera, ya que la de 20-I-937, que coincide con la del documento en todo menos en el año, está fijada, no en el testamento mismo, sino en el sobre donde éste estaba guardado, y el sobre es algo externo, distinto al testamento mismo, a cuyo contenido no cabe acudir.

¿Acertada? ¿Desacertada ésta—repito—interesantísima sentencia de nuestro más alto Tribunal? ¡Libreme Dios de decir ni lo uno ni lo otro, ya que tanto una postura como otra tienen a su favor razones muy poderosas y están escoltadas por juristas de un prestigio y una solvencia científica a toda prueba!

La primera, aparte de ser—como ya hemos dicho—la orientación constante del Tribunal Supremo (1), cuenta con el aval de juristas como Demolombe (2), Barassi (3), De Ruggiero (4), y en nuestra Patria, por no citar más, Traviesas (5), quien de modo terminante sostiene que “la fecha, según nuestro Código, ha de consignarse con expresión del año mes y día en que se otorgue, y es lo cierto que no se consigna así, si la fecha no es exacta. Y es nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se observen las formalidades que el mismo Código señala (art. 687). Lo cual no significa”—agrega Traviesas—“que no

(1) Véanse, por ejemplo, las sentencias que cita Bonet en su Comentario, ya citado.

(2) Demolombe. *Cours de Droit civil*, XXI, págs. 109-10.

(3) Véase *Istituzioni*. Milán, 1914, pág. 559.

(4) De Ruggiero. *Instituciones*, trad. de Suñer y Teijeiro, vol. II, págs. 1.140 y 1.141.

(5) Traviesas. “El testamento”, en *Revista de Der. Priv.*, diversos números del año 1935. Véase el núm. 260 mayo, pág. 140. Trabajo, como todos los del maestro de una solidez y erudición extraordinaria, y que puede decirse agota el tema.

tenga validez un testamento ológrafo si hay equivocación en la fecha y el error puede ser rectificado, según el contenido del testamento mismo", si bien "no es el mismo caso aquél en que la fecha aparece como intencionalmente alterada, ya que entonces el testador no quiere testar en los términos que la Ley fija, y este querer no puede tener validez en derecho" (1).

La posición contraria halla acogida también en juristas de relevante figura en la ciencia Saleilles (2), si bien sostiene el carácter esencial de la fecha en el testamento ológrafo—hasta el punto de que sólo mediante ella el tal testamento lo es, pues hasta entonces es un mero "avant-projet" del mismo—; sin embargo, refiriéndose ya de modo concreto al art. 970 del Código de Napoleón, afirma que éste sólo exige una fecha, sea cual fuere, pero sin que ella deba corresponder exactamente con los restantes elementos del testamento ológrafo. Puede ser la fecha en que éste se comenzó, pero no aquélla en la cual fué concluido, o viceversa. El Código—repite—sólo exige una fecha, pero sin más (3).

Para Erich Danz, la posición de quienes sostienen que en la interpretación de los negocios jurídicos formales no hay que tener en cuenta más que su mismo contexto, y para nada ha de atenderse a "las circunstancias del caso", es errónea, ya que "también para esta interpretación—dice—deberá atenderse a ellas, por la razón de que los usos sociales no las pierden de vista jamás. Y no sólo porque en las formas que se refieren a la redacción de documentos la interpretación ha de tener en cuenta todo el contenido de éstos en conjunto, sino que asimismo podrá y deberá atenderse a otras "circunstancias". También aquí rige, pues, la norma: falsa demonstratio non nocet. Si en el testamento ológrafo—agrega—se exige (aunque a mi juicio no es ne-

(1) Obsérvese—aunque para nuestro objeto no tenga importancia directa—cómo Traviesas hace en este aspecto la distinción de la doctrina francesa según que la disconformidad en cuanto a la fecha real del testamento sea conscientemente querida o tan sólo debida a un error por parte del testador, para deducir consecuencias distintas en un caso o en otro. Doctrina que hasta el momento no ha hallado consagración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual no distingue, y trata ambos supuestos con la misma medida y deduce de ellos la misma consecuencia: la no validez del testamento ológrafo en tales condiciones.

(2) Véase en *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, II (1903), págs. 605 y sigs. y III (1904), págs. 148-49.

(3) Véanse a este respecto las agudas y sólidas observaciones de Polanco a esta postura del profesor francés en *Il Foro Italiano*, 1932, donde califica de "extremista" esta posición.

-cesario) (1). la indicación *exacta* del lugar y de la fecha de su otorgamiento—parágrafo 2.231 del B. G. B.—, quedará cumplida la forma, aunque el testador por descuido, ponga un lugar a *un día* falso, pues de los hechos que demuestren esto se inferirá precisamente que el testador con la falsa indicación *ha declarado el día exacto y el lugar preciso*”, ya que “por la escritura del testamento *exclusivamente* no podría saberse en modo alguno si el día y el lugar en él indicado son, *efectivamente*, el día y el lugar de su otorgamiento”. Y más adelante insiste el profesor germano: “Por lo que toca especialmente a la tan discutida cuestión de si el testamento para ser válido, ha de contener la *exacta* indicación del lugar y del día de la fecha en que se otorgó, haremos notar que el testamento es un negocio jurídico *como otro cualquiera, como los demás negocios jurídicos en que los particulares disponen de su patrimonio*; sólo se distingue de los demás por ser una disposición cuyos efectos se producen *después de la muerte* del disponente. No se ve por qué en los testamentos ha de tener importancia especial la indicación *exacta* del lugar y de la fecha, estando claro como está lo que se ha de transmitir a los herederos. ¿Qué importancia tiene saber en qué lugar y en qué día dispuso el testador de su patrimonio para después de su muerte? Si, pues, la ley exige como requisito constitutivo de los testamentos la indicación del lugar y del día, no habrá por qué exigir, para dar por cumplida la forma, que la indicación sea precisamente *exacta*; si la ley hubiera querido disponerlo así, hubiera tenido que decirlo *por esta razón expresamente*. Con tales requisitos, pues, tan sólo se trata de establecer un criterio distintivo entre la disposición testamentaria de-

(1) A este respecto, conviene hacer notar la escasa importancia que al requisito de la fecha (el lugar ya era innecesario) da la nueva ley sobre el testamento, promulgada en Alemania el 31 de julio de 1938—véase en B. G. B., págs. 973 y sigs.—, recogiendo la postura, ya anteriormente consagrada en el Código civil austriaco, de solamente “recomendar”, a título de consejo y nunca con carácter preceptivo o imperativo, a los testadores el que en sus testamentos ológrafos fijen concretamente la fecha, que aunque así no lo hagan, el testamento es perfectamente válido en derecho. Ello es una muestra evidente de que, contra lo que a primera vista pudiera creerse, y sin perjuicio de que surja la sospecha de si en algún caso concreto tal omisión pueda traer consecuencias desagradables y muy graves, tanto para los interesados en las dos declaraciones testamentarias opuestas, cuanto para el juzgador encargado de declarar cuál es la válida ante el orden jurídico, el requisito de la fecha no es considerado por algún legislador moderno como imprescindible. Si bien, con arreglo a nuestra legalidad vigente, no quepa hoy día idéntica postura, dados los explícitos y terminantes términos del artículo 688 de nuestro Código civil.

finitiva y las solas anotaciones o apuntes, las más de las veces preparatorios y para uso solamente del propio interesado" (1).

Ni quiero—repito—ni puedo terciar en esta discusión entre ambas tesis tan encontradas, si bien no he de ocultar que tanto la posición a rajatabla de Saleilles, cuanto la no menos radical de Erich Danz, adolescen—a mi juicio—de ciertos puntos de no muy sólido basamento en algunas afirmaciones—aunque no en todas—, así, la afirmación rotunda que el último hace de ser el testamento "un negocio jurídico exactamente igual que los demás", y la de que "no tiene importancia" el saber en qué día—léase en qué fecha—se otorgó el testamento ológrafo, me parecen sumamente discutibles, al menos así expuestas, sin distingos que aclaren y fijen sus contornos, a la vista del ya citado art. 688 de nuestro Código civil. Y lo mismo en cuanto hace referencia a la postura ya mencionada del profesor galo.

Lo cual tampoco quiere decir que parezca completamente satisfactoria la también evidente postura radical del Tribunal Supremo, al no admitir más elementos de interpretación que los que se deduzcan del mismo testamento. En este aspecto, sí me parece exacta la afirmación de Danz de que, por mucho que se pretenda destacar el carácter formal del testamento, no hay imposibilidad de acudir a elementos externos al mismo para averiguar, a la luz de una crítica, aunque rigurosa racional, cuál sea el verdadero contenido de la declaración de voluntad testamentaria impresa en el documento ológrafo, ya que no debe olvidarse que la norma del art. 1.157 del Código francés—véase art. 1.284 del español—ordenando al Juez que haga todos los esfuerzos posibles a fin de que el negocio jurídico se mantenga en pie, anulándolo solamente en casos excepcionalísimos—véase artículo 1.289, último párrafo, de nuestro Código civil—es aplicable, "in genere", tanto a los negocios jurídicos "inter vivos" como a los "mortis causa", y aun quizá con más fuerza y rigor a éstos que a aquéllos.

El mismo Tribunal Supremo, en reciente sentencia, referente también a un testamento, sostuvo esta posición: "En toda interpretación —afirma— de voluntad, y más cuando se trata de declaraciones de voluntad que la doctrina científica llama *no recepticias*, entre las cuales

(1) Danz: *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. esp. de W. Roces. Edit. Revista de Der. Priv., págs. 218-19 y 354. Véase también a Windscheid-Kipp: *Pandekten*, III, y los demás citados por Danz en nota 2, pág. 218.

figura como una de las más típicas el testamento (1); se ha de considerar decisiva la voluntad real del causante, si bien su contenido ha de tener su expresión en la declaración, ya que si bien *no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias a circunstancias exteriores al testamento* (los llamados *medios de prueba extrínsecos*), es menester, por razón sobre todo del carácter de acto formal o solemne que tiene el testamento, que el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento, y pueda así la declaración formal ser configurada" (Sentencia de 8 de julio de 1940). Y aunque en este mismo fallo se amalgaman no muy bien conceptos que a mí me parecen un tanto contradictorios, en aras de un eclecticismo no muy claro, y con un criterio componedor no muy exacto y posible, sin embargo, a pesar de todo, creemos deducir del mismo que el propio Tribunal Supremo en este caso comprendió que era necesario, en ciertos casos excepcionales pero posibles, abrir la "válvula de seguridad" de los elementos externos al mismo testamento, para que el *summum ius* no se convierta, conforme al brocado, en *summa injuria*, y la lógica y los intereses del comercio social no pierdan a costa de la seca letra del texto.

Volviendo a nuestro caso concreto, y no olvidando que la misma Sala confiesa ser evidente que la fecha del testamento en cuestión es falsa, ya que es obvio que no puede en un testamento hacerse mención de hechos o acontecimientos posteriores a los de la fecha del mismo, ¿no es demasiado estrecho y restrictivo aferrarse al criterio angosto de no acudir a elementos probatorios exteriores al mismo documento, máxime cuando el contenido de éste no fué tachado de falso, ni su firma (al menos así se declara en el fallo), juzgando tales elementos probatorios exteriores con todo el rigor que se quiera, pero a las luces de una sana crítica, y, por el contrario, sostener que, si bien no cabe duda que la fecha es falsa, sin embargo, tampoco del mismo texto del

(1) A pesar de tan rotunda afirmación del Tribunal Supremo, no es tan claro, ni mucho menos, el carácter de declaración de voluntad *no recepticia* del testamento, incluso del ológrafo, que es a primera vista donde parece que tal carácter ha de reflejarse con mayor nitidez. Véase, por ejemplo, la posición contraria de Manigk—aunque posteriormente rectificada—y de Strohal, citados por Traviesas en ob. cit., y la misma posición de este último, que parece adherirse a la posición de que el testamento es un acto de declaración de voluntad *recepticia*, dirigida a aquel o aquellos "a quienes incumbe darla ejecución". (V. pág. 103 trabajo ya cit.)

documento se deduce qué fecha es la verdadera, a los efectos del artículo 688 del Código civil ya citado?

Todo ello, aparte de dos hechos indiscutibles: 1.^o Que el testamento ológrafo de la litis es *evidentemente posterior* a los abiertos otorgados en Valencia por ambos cónyuges. Y 2.^o Que *no existió testamento de ninguna clase posterior al ológrafo de referencia* y, por tanto, no existe ningún perjudicado en posible testamento *posterior* a él. Ambos hechos—indiscutibles, repito—son a nuestro juicio muy importantes, ya que sólo en el último caso, es decir, en el de que la duda fuera si dicho testamento ológrafo era o no posterior a otro también de fecha posterior a los testamentos abiertos de Valencia, es cuando el rigor del juzgador debería ser entonces extremado, dadas las evidentes consecuencias que produciría un favorable fallo a la admisión como válido del testamento ológrafo en litigio. En este supuesto, sí que cabría la duda—repito—, pero nunca en el caso de contradicción entre un testamento de fecha incierta—por errónea, en cuanto al testamento en sí mismo—, pero cierta a todas luces, en *comparación con otro u otros que, de la redacción del mismo testamento de fecha no cierta y, por tanto del contexto del mismo—aun sin necesidad de acudir a medios de prueba exteriores a él—, se deduce incontrovertiblemente posterior al abierto contradictorio, y por ello evidentemente dérogatorio de éste, conforme al art. 739 del Código civil, sin que para tal posición tenga una mayor trascendencia la locución “posterior perfecto” que usa el texto legal, por las razones antes apuntadas.*

¿Absolutamente incontrovertible este razonamiento? Reconocemos que es, por desgracia, un poco dudoso, precisamente por la índole oscura del propio problema, tal como aparece planteado.

El cual—para terminar estas breves notas—nos muestra una vez más cómo la Vida, con su riquísimo acervo, plantea otra cuestión en que, como tantas otras veces, más que a la letra del texto legal, llama para su solución acertada al “sentimiento del derecho” y a los eternos principios de la Lógica y de la Sindéresis. ¡Quizás para que éstos tampoco nos la aclaren jamás!

ENRIQUE DEL VALLE FUENTES,
Abogado

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I.—CÓDIGO CIVIL

SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1943.—*Resolución extrajudicial de contratos.*

"La facultad que atribuye el art. 1.124 del Código civil al contratante que no haya incumplido previamente sus obligaciones, para que a su amparo las resuelva eximiéndose de la prestación de las mismas, no es sólo ejercitable en la vía judicial, sino también fuera de ella, por manifestación unilateral, sin perjuicio de que si el derecho ejercitado de este modo se impugna haya de quedar sometido a examen y sanción de los Tribunales, según tiene ya declarado esta Sala, siguiendo una orientación marcada en anteriores sentencias, en la de 24 de octubre de 1931; y siendo esto así, no cabe dudar de que cuando la parte contratante perjudicada por el incumplimiento opta por la resolución del contrato y manifiesta, sin acudir a juicio, su voluntad de quedar liberada de las obligaciones recíprocas, entonces tiene lugar y produce sus propios efectos la resolución, aunque después se discute su procedencia, si en el pleito que para ello se siga no se declara mal hecha la que lo fué unilateralmente."

Utilizamos la ocasión para poner de relieve la diferencia existente entre un *derecho postestativo* y una *acción y sentencia constitutivas*. En los casos de derechos potestativos, a los cuales pertenece el artículo 1.124 del Código civil, la modificación del Derecho material es producida por el ejercicio extrajudicial o judicial de los mismos, poseyendo la sentencia que recae sobre la legitimidad del ejercicio un efecto meramente declarativo (y posiblemente de condena). En otros casos, en cambio, el legislador no confía a los particulares este poder, sino lo

concentra en los Tribunales. En esta hipótesis—piénsese, por ejemplo, en la separación del matrimonio—, la modificación del Derecho material es producida por la sentencia, que, por ende, se denomina "constitutiva"; y es interesada por la acción del demandante, que recibe, por tanto, la misma calificación de "constitutiva", si bien ella sola no posee tal efecto. Por esta razón, derecho potestativo y acción constitutiva se excluyen; y aunque la acción puede representar el ejercicio de un derecho potestativo, ni en este caso la acción como acción es constitutiva, sino sólo declarativa y tal vez de condena, mientras que "qua" derecho potestativo produce la modificación del Derecho material.

II.—CÓDIGO DE COMERCIO

SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1943.—*Comisión.*

"En la legislación española la naturaleza jurídica del contrato de comisión mercantil no aparece distinta de la del contrato de mandato mercantil, pues si bien puede admitirse que de ordinario el comisionista obra en nombre propio, esta circunstancia no es en nuestra legislación nota distintiva de la comisión mercantil, toda vez que el Código de Comercio, en su art. 245, a diferencia de otros derechos extranjeros, autoriza al comisionista para contratar no sólo en nombre propio, sino también en el del comitente. Según el art. 244 del Código de Comercio, la comisión mercantil no es otra cosa que un mandato que tiene por objeto un acto u operación de comercio en el que se requiere que uno, a lo menos de los contratantes sea comerciante o agente mediador del comercio, y teniendo por objeto el contrato que es base de este pleito el fomento de las ventas del cemento de la Compañía demandada y otras actividades de vigilancia e información, es indudable que la intervención directa del actor en contratos celebrados por "Cementos Cosmos", por su naturaleza, su objeto y su íntima conexión con los contratos mismos, tiene el concepto de acto de comercio a los efectos del citado art. 244 y lleva a calificar jurídicamente el contrato como mandato mercantil o comisión mercantil."

III.—LEYES ESPECIALES

SENTÉNCIA DE 30 DE ENERO DE 1943.—*Ley del Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939.*

La Ley del Desbloqueo permite la revalorización, entre otros casos, en la hipótesis de un préstamo de duración superior a cinco años. En numerosos supuestos la duración de los préstamos era superior al indicado plazo, existiendo para el deudor la facultad de devolver el capital prestado con anterioridad al decurso de cinco años. El problema consiste en saber si en estos casos el acreedor prestamista disfruta o no disfruta del beneficio de la revalorización. El Tribunal Supremo identifica, a partir de la sentencia del 30 de noviembre de 1942, *vencimiento y exigibilidad*, resolviendo, por tanto, nuestro problema con evidente justicia a favor del acreedor.

Véanse en el mismo sentido sentencias 30 noviembre y 15 diciembre 1942 (REVISTA, 1943, pág. 118.)

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1943.—*Ley Hipotecaria.*

El actor hipotecó una finca suya en garantía de un préstamo concedido por el demandado en 1927. En 1933 el actor fué incapacitado. Esta incapacidad no es obstáculo a que el demandado y prestamista ejecute su derecho mediante el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Inmobiliaria. Y "sustanciado el aludido procedimiento, constituye título bastante para la inscripción de la finca a favor del adjudicatario el testimonio del auto que reuna las condiciones señaladas en la regla 17 del citado art. 131.", siendo igualmente innegable que la adquisición se produce a virtud de la resolución judicial, bien sea doctrinalmente estimada ésta a tales efectos como un acto de subrogación de las facultades del propietario, bien como una expropiación del derecho de disposición que normalmente compete al dueño, bien como un caso de transmisión forzosa; sin que por otra parte pueda argumentarse eficazmente que la no comparecencia de la tutora al acto de otorgamiento de la escritura en que más tarde se formalizó la adjudicación determina en el caso del pleito un vicio de nulidad, pues el repetido art. 131 de la Ley Hipotecaria—posiblemente inspi-

rado en la idea de que el consentimiento del titular no siempre es necesario para actuar en su nombre—inviste al Juez de la representación del dueño de los bienes a los efectos de la adjudicación aludida”.

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1943.—*Ley de 8 de mayo de 1939.*

La Ley de 8 de mayo de 1939 privó, en general, de firmeza a todas las resoluciones que en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo se hubiesen dictado por personas extrañas al Movimiento Nacional a partir del 18 de julio de 1936, distinguiendo entre sentencias dictadas en rebeldía, en cuyo caso el rebelde posee el recurso de audiencia, y las demás sentencias que sólo son impugnables mediante un recurso de apelación. En el caso de autos, el demandado había comparecido oportunamente ante el tribunal rojo después de ser emplazado y había mantenido el pleito hasta que llegó a consumir el trámite de conclusiones, momento éste en el que se ausentó del lugar del juicio para huir a la zona Nacional. Este supuesto de hechos no constituye una rebeldía a los efectos de la Ley de Enjuiciamiento civil, que sólo concibe como tal la incomparecencia durante el plazo fijado por el emplazamiento. La cuestión de saber es de si la Ley especial del 8 de mayo de 1939 recoge el concepto tradicional de rebeldía o de si utiliza tal noción en un sentido ampliado. El Tribunal Supremo afirma la primera alternativa, negando, por ello, al recurrente el recurso de audiencia.

IV.—LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1943.—*Efectos de las resoluciones criminales sobre la Jurisdicción civil.*

“Al abordar y resolver repetidísimas veces la jurisprudencia de esta Sala el aludido problema, tiene declarado, en su criterio de gran amplitud en el reconocimiento de la posibilidad del ejercicio de las acciones civiles después de sustanciado el procedimiento criminal, que si bien los hechos que pueden ser constitutivos de un delito o falta han de ser juzgados por los Tribunales competentes de orden criminal,

queda absolutamente expedita la jurisdicción de los Tribunales civiles tan pronto como aquéllos ponen término a la respectiva causa en cualquiera de las formas autorizadas por la Ley situaria criminal, sin más limitaciones que las consignadas en los arts. 112 y 116, párrafo primero de la propia Ley, ya que un mismo hecho puede ofrecer aspecto y valoración jurídica distintos en el orden penal y en el estrictamente civil, lo que hace que sean totalmente independientes y susceptibles de ejercicio separado una y otra clase de acciones (Sentencias 19 febrero 1902, 5 diciembre 1927, 27 diciembre 1928, 2 enero 1932, 13 noviembre 1934, 2 febrero y 22 noviembre 1940 y otras), así como también tiene dicho con referencia especial a los casos de falsedad de actos o documentos, que la sentencia absolutoria recaída en la causa criminal que se haya seguido por un delito de esa clase no tiene fuerza suficiente para contrarrestar la estimación que haga, en virtud del conjunto de la prueba, el Tribunal civil, declarando civilmente falso el documento de que se trata, pues aquel primer fallo no presupone la validez y eficacia, en este otro orden, del repetido documento, limitándose a negar la responsabilidad del procesado en el delito que se perseguía (Sentencias 1 abril 1918 y 29 mayo 1926)."

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de febrero de 1940.

EL NUDO PROPIETARIO A TÍTULO LUCRATIVO QUE ENAJENA SU DERECHO EN VIDA DEL USUFRUCTUARIO DEBE SATISFACER EL IMPUESTO, TAMBIÉN A TÍTULO LUCRATIVO, POR CONSOLIDACIÓN DEL USUFRUCTO COMO SI REALMENTE LO CONSOLIDARA EN AQUEL MOMENTO, Y EL ADQUIRENTE DE LA NUDA PROPIEDAD DEBE PAGAR POR SU ADQUISICIÓN ONEROSA Y, EN SU DÍA, POR LA CONSOLIDACIÓN DEL USUFRUCTO AL EXTINGUIRSE ÉSTE, TAMBIÉN CON EL TIPO DE LIQUIDACIÓN A TÍTULO ONEROso. ESTE PAGO POR LA CONSOLIDACIÓN ES COMPATIBLE CON EL DE CONSOLIDACIÓN HECHO POR EL PRIMITIVO NUDO PROPIETARIO, DE TAL MODO, QUE SI ÉSTE NO HUBIESE TRIBUTADO AL ENAJENAR SU DERECHO, VIENE NO OBSTANTE OBLIGADO A TRIBUTAR EN EL MOMENTO EN QUE EL USUFRUCTO SE EXTINGA.

Antecedentes.—En el año 1933 se protocolizaron las operaciones particionales de una herencia y en ellas fueron adjudicados en usufructo vitalicio ciertos bienes a la viuda del causante y en nuda propiedad a los herederos, llamados doña Dolores, doña Ana y don José María. La nuda propiedad adjudicada a doña Dolores y a don José María recayó sobre valores y metálico, y en bienes de esa misma clase y sobre una casa la nuda propiedad de la doña Ana. La Oficina liquidadora giró oportunamente las liquidaciones procedentes por usufructo y nuda propiedad.

Al fallecimiento de la usufructuaria en 1938 y una vez transcu-

rrido el plazo de presentación de documentos para liquidar la extinción de usufructo, la Abogacía del Estado promovió expediente de investigación y en él manifestaron doña Dolores y doña Ana que conservaban solamente una parte de los valores heredados en nuda propiedad, los cuales detallaron, y don José María manifestó que no conservaba ninguno, ya que los valores por él heredados en nuda propiedad habían sido negociados en Bolsa con intervención de Corredor de comercio en vida de la usufructuaria, por lo cual entendía que no había por qué liquidar extinción de usufructo.

No obstante esas alegaciones, la Oficina liquidadora giró, sobre la misma base que se había tenido en cuenta para liquidar la constitución del usufructo, una liquidación por la extinción del mismo a cada uno de los tres nudo propietario, con la multa del 50 por 100 de la cuota y al tipo de "Herencias".

Reclamadas las liquidaciones, aquéllos alegaron que el art. 60, en relación con el 57 del Reglamento, imponía que se liquidase la extinción del usufructo teniendo en cuenta solamente los bienes existentes en el momento de la consolidación y su valor en esa misma fecha; y en cuanto a la casa heredada, se alegó y probó cumplidamente que la nudo propietaria había vendido su derecho a doña Agustina O. antes del fallecimiento de la usufructuaria y pagado el impuesto correspondiente a la compraventa, así como por la consolidación del usufructo al fallecer la usufructuaria, en ambos casos por el tipo oneroso de compraventa. De todo ello deducían los recurrentes que el obligado al pago del impuesto por consolidación no era el que hubiese sido adjudicatario de la nuda propiedad al constituirse el usufructo, sino la persona que en el momento de producirse la extinción ostente la nuda propiedad, puesto que, si el impuesto se exige al primer nudo propietario, en realidad se hace efectivo dos veces, una por éste y otra por la persona que verdaderamente consolida el dominio.

En relación con la multa del 50 por 100, se alegó que ésta procede cuando los documentos necesarios para liquidar se presentan previo requerimiento y que cuando no se presentan lo procedente es continuar la investigación e imponer la multa del 100 por 100 si se encuentran bienes; deduciendo, en consecuencia, los recurrentes que era improcedente la multa del 50 por 100 y que el liquidador debió limitarse a investigar los no declarados.

El Tribunal Provincial confirmó las liquidaciones por aplicación

del apartado 13) del art. 66 del Reglamento, que exige el pago por la consolidación al nudo propietario que enajena, y en cuanto a la multa estimó también que era legal, una vez que había precedido requerimiento de presentación.

Ante el T. E. A. C se insistió en lo relativo a la multa y en la duplicación y pago antes indicada respecto al usufructo y también en que el tanto por ciento para valorarlo debe referirse al valor actual de los bienes, no al inicial, y el Tribunal resolvió que el apartado 13) del art. 66 estuvo bien aplicado y que el usufructo debe ser determinado teniendo en cuenta la totalidad de los bienes y que su valor para determinar la base liquidable por usufructo debe ser fijado por el que tuviesen en el momento de la enajenación de la nuda propiedad respecto a los transmitidos, y respecto a los existentes al fallecer la usufructuaria por el que les correspondiese en tal momento. Anuló, pues, las liquidaciones por ese segundo motivo y dispuso que una vez determinadas las bases según esas normas, se liquidase aplicando aquel apartado, con la multa del 50 por 100, conforme al art. 221 del Reglamento.

El punto más difícil, que era el de la duplicación de pago por la consolidación del usufructo de la casa, lo resuelve el Tribunal diciendo que tal duplicación no existe porque se trata de actos distintos que afectan a personas diferentes, ya que el impuesto satisfecho por la compradora doña Agustina O. de dicha casa al consolidar el usufructo al fallecer la usufructuaria, lo fué por la adquisición a título oneroso, y el que se le exige a la heredera nuda propietaria vendedora, doña Ana, ahora discutido, se satisface por distinto concepto, o sea por extinción de usufructo con arreglo al grado de parentesco con el causante de quien heredó la casa, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 13) del art. 66 del Reglamento, que preceptúa que el nudo propietario que enajene su derecho debe pagar por la extinción.

Comentarios.—Resulta, pues, que aparte de la cuestión secundaria de la multa exigible, la cual realmente nos parece reglamentariamente impuesta en virtud de lo prevenido en el art. 221, toda vez que precedió requerimiento de la Administración para la presentación de documentos, la verdadera cuestión está en la aplicación al caso del apartado 13) del art. 66 del Reglamento.

La tesis de la Resolución es que en cuanto a los valores y a la casa,

enajenados antes del fallecimiento de la usufructuaria, debe liquidarse, aparte de lo que corresponda por la transmisión de la nuda propiedad, la consolidación del usufructo al nudo propietario enajenante como si realmente él consolidara, cuyo pago no es incompatible con el que el nuevo adquirente de la nuda propiedad satisfizo al consolidar por fallecimiento de la usufructuaria.

El párrafo 13 del art. 66 regula el caso en que el usufructuario, el nudo propietario, o ambos conjuntamente, enajenen sus derechos a un tercero: pero su interpretación se presta a dudas no fáciles, ciertamente, de resolver.

Los supuestos que establece son tres: *a)* que lo enajenado sea el usufructo, *b)* que lo sea la nuda propiedad, y *c)* que lo sean uno y otra al mismo tiempo.

El caso de enajenación del usufructo simplemente no ofrece dificultad. El adquirente pagará el impuesto con arreglo al valor que el derecho enajenado tenga en aquel momento; es decir, teniendo en cuenta el valor actual de los bienes y también los años que resten si el usufructo es temporal, y la edad del usufructuario enajenante si es vitalicio: y cuando el derecho de usufructo se extinga y, por tanto, el nudo propietario lo consolide, éste pagará por extinción aplicando la regla general del apartado 10 del mismo art. 66.

La dificultad interpretativa empieza cuando lo enajenado es la nuda propiedad.

En tal caso lo lógico sería, aplicando las reglas y principios generales del impuesto, que el nudo propietario enajenante nada pagase y que el nuevo nudo propietario pagase el impuesto en razón de lo que adquiere, que es exclusivamente la nuda propiedad, puesto que el usufructo, lejos de entrar en su patrimonio, sigue en el del usufructuario hasta que su derecho se extinga: y sería lógico también que el nudo propietario, al consolidar, pagase el impuesto por el mismo concepto en que lo pagaría el transmitente si él hubiese consolidado, fuese a título oneroso o fuese a lucrativo. Así lo prevenía con claridad el Reglamento de 1927, diciendo: "La extinción del derecho de usufructo devengará el impuesto como adquisición onerosa cuando el que ostente la nuda propiedad haya adquirido ésta a título oneroso directamente de la persona en cuyo poder se dividió el dominio o traiga su derecho de quien también lo hubiese adquirido directamente a título oneroso y en las mismas condiciones. En otro caso, el impuesto se

pagará por el concepto de herencia y según el parentesco entre el último titular del dominio y la persona que de él adquirió a título lucrativo la nuda propiedad, aunque no sea esta última persona sino un derechohabiente suyo, la que consolida el dominio." Esta norma clara y categórica fué modificada en el Reglamento de 1932, y de éste pasó al vigente en la forma consignada en el apartado 13) Dispone éste en el inciso primero que el nudo propietario tribute "como adquisición onerosa, según la naturaleza de los bienes, con arreglo al valor que el derecho tenga en el momento de verificarse la transmisión". es decir, que del valor total de los bienes se deduce el valor del usufructo, y la diferencia será la base liquidable por nuda propiedad

Hasta aquí la claridad sigue resplandeciendo, pero a renglón seguido se nubla cuando el mismo apartado establece la forma en que, en tal momento, afecta el impuesto al derecho de usufructo. La técnica del ímpuesto exigía, como hemos hecho notar anteriormente, que en nada rozase el impuesto a ese derecho de usufructo, puesto que ni cambia de titular ni en nada se modifica y por lo mismo no entra en la órbita fiscal; mas el apartado a que nos venimos refiriendo no lo entiende así, fundado, sin duda, en motivos de orden puramente fiscal que no se nos alcanzan, y dice que el nudo propietario enajenante deberá pagar en el momento de la enajenación el impuesto correspondiente a la extinción del derecho de usufructo, tomando como base liquidable al que resulte de aplicar al valor actual de los bienes el tanto por ciento que se tuvo en cuenta para valorar el usufructo al ser constituido, es decir, el tanto por ciento aplicado según los años de duración, si era temporal, o según la edad del usufructuario, si era vitalicio, y añade que el responsable del pago para con la Hacienda es el adquirente de la nuda propiedad, si bien le faculta para descontar del precio, el importe del impuesto.

Tal solución, como se ve, va no solamente contra dicha técnica general, sino que aplica a la transmisión onerosa de la nuda propiedad un criterio completamente distinto al que el mismo art. 66 en su apartado 14) sigue cuando la misma transmisión se verifica a título lucrativo, en cuyo caso no se gira más liquidación que la correspondiente a tal transmisión sobre la base del valor que la nuda propiedad tenga entonces, "deducido del valor total de los bienes el tanto por ciento correspondiente al del usufructo" y sin perjuicio de que cuando

el usufructo se extinga, el nuevo propietario satisfaga por impuesto "lo que su causante hubiera de haber satisfecho".

Conjugando ahora la nueva disposición con el inciso de la primera parte del apartado, vemos que por un lado el tercero adquirente de la nuda propiedad paga por la adquisición onerosa de ésta y por lo que ella valga en el momento actual, y por otro lado y en el mismo momento, tributa por la extinción del usufructo el nudo propietario enajenante, como si lo consolidase, lo cual quiere decir que hasta esa fecha ha quedado saldado el impuesto del total valor del bien de que se trate.

Hasta ese momento, pues, la cuestión queda dilucidada fiscalmente, pero en adelante, y dado que el dominio continúa dividido, ¿qué ocurrirá cuando el usufructo se extinga y el nudo propietario lo consolide? Habrá de girársele una nueva liquidación por extinción o consolidación o le aprovechará la girada anteriormente al nudo propietario enajenante. Caso de optar por aquella solución, ¿cuál será la base y cuál el tipo de liquidación?

Esto queda sin resolver por el apartado que comentamos. Si se adopta la segunda solución y se atribuye a dicha liquidación el carácter de pago anticipado por la futura consolidación, resultará que quien no adquiere ni puede adquirir paga por el verdadero adquirente, y si, por el contrario, conforme a la primera solución, se vuelve a exigir el impuesto al extinguirse el usufructo, es incuestionable que por el mismo acto se duplica el impuesto.

Tal como está, pues, redactado el texto reglamentario es de muy difícil interpretación, porque ninguna de las dos soluciones encaja en la técnica del impuesto.

Nos parece a nosotros que el repetido apartado 13) quiso referirse —aunque no lo dice— al igual que los dos apartados anteriores, el 11) y el 12), a la enajenación de la nuda propiedad, cuya constitución se originó por título lucrativo, y en tal supuesto, el Reglamento quiso que al incorporarse a ella el usufructo no dejase de tributar el nudo propietario por la escala de las herencias. Esta tributación es segura cuando el que consolida es el primitivo nudo propietario, pero no lo es si él a su vez transmite el derecho a título oneroso a un tercero, porque este segundo nudo propietario no tiene, en principio al menos, por qué tributar al consolidar por otro título que el oneroso originario de su derecho.

Es decir, que el pensamiento del legislador parece ser éste: el que adquiere la nuda propiedad a título lucrativo adquiere con él el derecho a consolidar el usufructo a título lucrativo también, y al mismo tiempo la obligación de tributar en su día con arreglo a ese título, por consiguiente, y para que esa tributación no se burle, establezco que ese nudo propietario pague al transmitir su derecho como si entonces consolidara, y que el nuevo nudo propietario pague desde luego por la adquisición de la nuda propiedad y en su día por la consolidación del usufructo, pero en ambos casos por el tipo de adquisición onerosa.

La dificultad interpretativa queda resuelta, pero sólo en parte, puesto que siempre queda en pie la anomalía, antes indicada, de que tribute quien no consolida y que quien realmente lleva a cabo la consolidación tribute solamente a título oneroso, siendo así que lo que realmente hizo en virtud de ese título fué colocarse en la misma situación jurídica y fiscal del nudo propietario enajenante.

Por todo ello, en fin, creemos que era menos complicada y más comprensible, jurídica y fiscalmente hablando, la solución que daba al caso el texto antes enunciado del Reglamento de 1927.

El tercero de los supuestos a que anteriormente hacíamos referencia es el de que simultáneamente se enajenen a un tercero el usufructo y la nuda propiedad. Sobre ello nada detalla el Reglamento, pero habrá que aplicar el criterio que acabamos de exponer, distinguiendo además según que se trate de derechos adquiridos a título oneroso o lucrativo.

En el primer caso entendemos que, combinadas esas normas con lo dispuesto en el apartado 11) del mismo art 57, el adquirente tendrá que pagar, no solamente por la adquisición onerosa de ambos derechos, sino también por la extinción del usufructo asimismo a título oneroso; y cuando la constitución del usufructo provenga de título lucrativo, además de tributar por la adquisición onerosa de ambos derechos, tendrá que satisfacer el impuesto, al extinguirse el usufructo, como en el caso de enajenación del usufructo a que se refiere el apartado 11), es decir, que se producen tres liquidaciones: dos, correspondientes a la adquisición onerosa del usufructo y de la nuda propiedad, y la tercera, por consolidación.

Duro podrá parecer este criterio, pero téngase en cuenta que es el que se desprende de los apartados 11) y 13), puesto que si cuando el

adquirente del usufructo lo es el nudo propietario—apartado 11)—y también cuando el de la nuda propiedad lo es un tercero—apartado 13)—hay que girar la liquidación de extinción de usufructo, además de la que corresponde por la adquisición de cada uno de esos derechos; claro está que cuando la adquisición es simultánea debe regir el mismo criterio, con la finalidad de que no se burle el interés de la Hacienda y de aplicar a la consolidación el tipo de adquisición lucrativa que habría de pagar el primitivo nudo propietario si consolidara

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 de febrero de 1940.

LAS CAJAS DE AHORRO NO ESTÁN EXENTAS DEL IMPUESTO, AUNQUE REALICEN POR DELEGACIÓN DEL MINISTERIO DEL TRABAJO FUNCIONES SOCIALES PROPIAS DE ÉSTE, YA QUE, EN TAL SUPUESTO, ESTÁN SUJETAS AL TIPO BENEFICIOSO DE LAS ENTIDADES BENÉFICAS.

El caso se originó porque a una Caja de Ahorros provincial le fué exigido el pago del impuesto por la constitución de una hipoteca a su favor y ella sostenía que esas instituciones disfrutan de exención en virtud de lo dispuesto en sus Estatutos generales aprobados por Real Decreto de 21 de noviembre de 1929, que fué confirmado por el de 10 de julio de 1931, elevado a ley en 9 de septiembre siguiente y reproducido en la de 14 de marzo de 1933, declarado a su vez vigente por las leyes de 7 de julio de 1933 y 25 de julio de 1935.

Estos argumentos fueron reforzados en período de alegaciones con la cita de la Ley de 16 de marzo de 1939, la cual, al crear el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, concede a sus operaciones los mismos privilegios y exenciones que las que disfrutan el Instituto Nacional de Previsión y las Cajas de Ahorro.

Tanto el Tribunal Económico-Administrativo Provincial como el Central desestimaron la reclamación, afirmando que la entidad reclamante no está amparada por la exención del núm. 20 del art. 6.^o del Reglamento ni comprendida tampoco en su núm. 48, en el primero, porque esa exención, como todas, ha de interpretarse restrictivamente al no estar comprendido el caso en su letra, y en el segundo, porque

él exige una ley especial que reconozca la exención y en tanto en cuanto esté vigente. Y es lo cierto—añade el T. C.—que el Estatuto y disposiciones antes citadas no conceden a las Cajas de Ahorro la exención, sino que dicen que cuando colaboren en las funciones sociales del Ministerio del Trabajo, “disfrutarán las mismas exenciones fiscales que alcancen a las entidades benéficas”. En definitiva, como éstas no tienen concedida exención, y sí sólo un tipo beneficioso, tampoco a aquéllas les puede alcanzar otra ventaja que la de ese tipo.

El caso nos parece lo suficientemente claro para excusar todo comentario. El Tribunal no hace sino reafirmar el principio general de que las exenciones han de aplicarse siempre con criterio restrictivo

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

V A R I A

EL CONCEPTO CONCRETO

Expondremos en lo que sigue el contenido de unos trabajos del notable filósofo de Derecho alemán Larenz (véase sobre él REVISTA CRÍTICA, 1942, págs. 685 a 691), guiándonos en esta empresa menos la fecha reciente de la publicación de los mismos, ya que son relativamente antiguos (de 1938 y de 1940, respectivamente), sino la importancia de su contenido, por una vertiente, y el desconocimiento de sus ideas en España, por la otra.

I

Las dos obras metodológicos de Larenz, que tenemos a la vista, y destinadas a producir "una revolución en la lógica del Derecho", son: 1.º "Sobre objeto y método del pensamiento jurídico del pueblo" (Berlín, Junker und Dünnhaupt, 1938, pág. 55); 2.º "Contribución a la lógica del concepto concreto" (en "Deutsche Rechtswissenschaft", 1940, tomo V, Cuaderno 4., págs. 279 a 299).

1.º *Sobre objeto y método del pensamiento jurídico del pueblo:* El Derecho puede ser formado y "en formación" (1). El Derecho formado se compone de las leyes, del derecho consuetudinario definido y de las reglas jurisprudenciales determinadas. El Derecho no formado o "en formación" se halla en la "buena fe de la comunidad", en las "buenas costumbres", en el "honor social", la "honorabilidad", etc. El conjunto del Derecho formado y "en formación" constituye una totalidad orgánica. El Derecho fomado es exacto, formula supuestos de hecho y consecuencias jurídicas; pero no puede mantenerse a la altura de las circunstancias; e infaliblemente llega un momento desde el que va a la zaga de la idea jurídica. Entonces hemos de completar y corregirlo mediante el Derecho "en formación". que, para ser aplicable en un caso determinado, requiere la "concreción" de parte del

(1) El Derecho "en formación" corresponde al Derecho libre de la "Escuela del Derecho libre" (v. Castán: "Orientaciones modernas en materia de fuentes del Derecho privado positivo", en *Libro-homenaje a De Diego*, 1940, pág. 135).

juez. Por tanto, opinamos que la ley contiene lagunas. La laguna en una ley no significa la imposibilidad de una solución legal del caso en autos, sino su solución insatisfactoria. La insuficiencia de la solución legal puede derivarse o de la recta aplicación de la misma idea legal o habida cuenta del Derecho "en formación". En el primer caso colma la laguna la analogía, en el segundo la concreción. Ejemplo de la laguna con referencia a la misma ley: ¿Qué ocurre, si en uno de los negocios en los que el menor emancipado necesita el consentimiento de su representante legal (véase art. 317 Código civil español) haya un interés opuesto del último frente al primero? Según el texto del art. 165 de nuestro primer Código sustantivo, el interés opuesto del representante legal no es obstáculo a su actuación, ya que dicha disposición se refiere sólo al caso del menor no emancipado. He aquí una solución. Sin embargo, dicha solución es insatisfactoria desde el mismo punto de vista del legislador. Por tanto, se nos impone la aplicación analógica del art. 165 (sentencias del 27 de junio de 1941 en REVISTA CRÍTICA 1942, pág. 48). Ejemplo de una laguna con referencia al Derecho "en formación": Un campesino, en lugar de recoger la cosecha, la deja estropearse en el agro. El texto y la idea del art. 348 del Código civil español nos brindan una solución permisiva del caso. Sin embargo, ella es insatisfactoria en atención al Derecho informado, que en algunos países, como por ejemplo en Alemania (Decreto para el aseguramiento de la agricultura del 23 de marzo de 1937), ya ha plasmado en disposiciones legales. Por ello, debemos concretar las ideas de "honorabilidad de un campesino", de la "propiedad como un bien que la comunidad confía al individuo para que lo administre según su destino", que es el de alimentar al pueblo. Bien es verdad, que el proceso lógico de la concreción requiere todavía un esclarecimiento. La concreción parte de una idea general indeterminada, y la determina para un caso concreto, no mediante una sencilla subsunción, sino de modo sintético, añadiéndole algo, que, a la par que la hace aplicable al caso en autos, la hace inaplicable a otros casos concretos. La corrección de la ley mediante la concreción del Derecho no formado es imposible, si se trata de materias jurídicas meramente técnicas (ordenación del Registro de la Propiedad, por ejemplo), o si el legislador lo prohibiera expresamente. Sin embargo, dicha prohibición no es respetable si se encuentra en leyes anteriores al Nuevo Estado o si se refiera en general a la aplicación del Derecho "en formación". La rela-

ción entre la ley y el Derecho pende, en último lugar, de la entre el Derecho y la realidad. El normativismo enfrenta el Derecho como conjunto de normas con la realidad como conjunto de factos brutos. La nueva concepción concibe el Derecho y la realidad como una unidad: una realidad ordenada y concreta. El pensamiento de ordenaciones concretas, barruntado ya por Platón, Schelling, Hegel, Bergson, Hauriou y Renard, ha sido desarrollado por Carl Schmitt ("Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens", 1934; en contra Nagler, en "Gerichtssaal", tomo 111, 1938, pág. 94; Schwingen-Zimmerl, "Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht", 1937; Sauer, Juristische Methodenlehre, 1940, págs. 599 y siguientes) (1). La ordenación concreta abarca tres referencias. 1.º La referencia a la ordenación realizada en oposición al mero plan proyectado de ordenación; 2.º La referencia a la ordenación "natural" y "crecida" en oposición a la ordenación "arbitraria" e "impuesta"; 3.º La referencia a la ordenación de una comunidad concreta (familia, empresa, etc.) en oposición a una multiplicidad indeterminada de personas (por ejemplo, el público). Para poner de relieve la importancia práctica del pensamiento en ordenaciones concretas, Larenz plantea el siguiente caso: Un soltero instituye como heredera a su ama de llaves. Una de sus hermanas reclama de ésta los cuadros de familia, prometiéndole una recompensación dineraria. El Derecho civil legislado (tanto alemán como español) no brinda a la hermana ningún apoyo legal. Pero hemos de recurrir a la ordenación de la familia. La familia constituye una comunidad basada en los lazos de tradición familiar. Por ende, objetos dedicados a este fin no pertenecen al patrimonio relicto, sino a la familia, y no pueden separarse de ella. En este sentido dispone la ley alemana sobre fincas amayorazgadas (§ 8.º, par. 2.º), que cartas de familia y cuadros de valor recordatorio forman una pertenencia de la finca y no se heredan, según las reglas del Código civil alemán. La misma solución se impone en el caso del soltero. Nuestro caso arroja, a la vez, luz sobre la insuficiencia de la jurisprudencia de intereses. Dicha dirección metodológica se encontraría en nuestro supuesto en un torbellino de los más diversos intereses: el de la ama de llaves de hacer suya íntegramente la herencia; el de la familia de poseer los cuadros de valor afectivo; el de la comu-

(1) Lo que hasta ahora no se ha observado bastante es su semejanza con el concepto de la "idea-fuerza" de Fouillée (v. REVISTA CRÍTICA, 1942, pág. 748).

nidad de proteger a la familia; el también de la comunidad de aplicar la ley escrita para amparar la seguridad jurídica; naufragando sus partidarios sin timón y norte en esta tempestad (1). El pensamiento de ordenaciones concretas nos lleva a una lucha contra los conceptos abstractos. En lugar de formar la noción abstracta del "contrato", debemos distinguir entre el contrato patrimonial, el contrato de trabajo que se caracteriza por la entrada del obrero en una comunidad y el matrimonio. Sobre esta vuelta a los conceptos concretos expusimos ya lo esencial en esta REVISTA (1942, págs. 286 y siguientes), a propósito del libro de Freisler, "Grundlegende Denkformen des Rechts im Wandel unserer Rechtseineuerung", a lo que, por lo tanto, remitimos a nuestros lectores.

2.º *El concepto concreto:* El concepto abstracto es el resultado de una comparación de diferentes objetos en atención a sus rasgos comunes. Siendo ello así, el concepto abstracto se inspira en el "caso límite". Supongamos, por ejemplo, que queramos formar el concepto del Derecho. Podríamos inspirarnos en el Derecho interno, que es, sin duda alguna, el fenómeno jurídico más importante, señalando como características la coactividad o la existencia de tribunales, etc. Pero entonces se objetaría el Derecho Internacional Público, que no reune estas características. Por ende, hemos de vaciar el concepto general del Derecho para que abarque también el "caso-límite" del Derecho Internacional Público. Deanáloga manera formamos el concepto general de la personalidad jurídica. Lo natural es que una persona jurídica posea, a la vez, capacidad para obligarse por sus propios actos. Sin embargo, existen ciertas excepciones en los supuestos de los menores o incapacitados. Por tanto, estamos obligados de vaciar de nuevo nuestro concepto, llegando a un contenido empobrecido, el de ser capaz de tener derechos y obligaciones. Finalmente, el concepto abstracto no nos da soluciones concretas. Sabemos, desde que la jurisprudencia de intereses declaraba en entredicho el "método de inversión", que la definición de un concepto abstracto no nos da jamás la solución de un caso concreto. Queremos saber, por ejemplo, si la corriente eléctrica es una cosa. Sería ilícito partir de una definición de la cosa como "objeto corpóreo" y basar sobre esta definición la solución del problema, ya que de esta manera se haría supuesto de la cuestión. Más bien hemos de investigar la finalidad de la disposición legal de que se

(1) V. esta REVISTA, 1942, pág. 687 donde se defiende a Heck

trata y de inspirarnos en ella. El Código Penal, por ejemplo, al castigar el hurto, quiere proteger el patrimonio contra sustracciones practicadas sin la voluntad de su dueño. Esta finalidad nos hace definir "cosa" como cualquier objeto de valor patrimonial apropiable e incluir en ella, por tanto, la corriente eléctrica. Pero la verdadera solución no mana de la definición, sino de la finalidad del legislador. El concepto concreto, en cambio, abarca todas las características de los objetos incluidos, abarcándolos no como mera suma, sino organizándolos en una totalidad orgánica. El concepto concreto es así más rico que los conceptos particulares englobados: y es, además, una fuente de nuevos conocimientos. De lo dicho ya se desprende que el concepto concreto no es un concepto individual, ya que abarca varias individualidades. El verdadero padre del concepto concreto es Hegel. "Hegel busca un concepto que no sea abstracto y una concreción que no sea intuitiva: el concepto racional concreto es la unidad de la intuición y la reflexión" (véase R. Falckenberg, "La filosofía alemana desde Kant", Madrid, 1906, págs. 94 y 95). A continuación traducimos algunos pasajes de la "Encyclopädie", de Hegel (4.^a edición, Meiner, Leipzig, 1930), no recogidos por Larenz, que evidenciarán la esencia del concepto concreto. § 14: "El concepto libre y verdadero es concreto en sí: así es *idea*, y en toda su generalidad *la idea o lo absoluto*. La ciencia del mismo es esencialmente *sistema*, ya que lo verdadero, como *concreto* que es, sólo existe desarrollándose y reuniendo —y concentrándose como unidad, o sea como *totalidad*, pudiendo ser sólo mediante distinciones y determinaciones de sus diversidades la necesidad de la misma y la libertad del todo—. Un filósofo sin *sistema* no puede ser nada científico". § 31 al final: "y lo verdadero es lo concreto". § 33: "Más el concepto como lo concreto y, en general, toda determinación es esencialmente en sí una unidad de determinaciones distinguidas". § 55: "Pero la pereza del *pensamiento*, como se puede llamar eso, posee, dada la suprema idea, en el *deber* un escape demasiado fácil, al mantener la diferenciación del concepto y de la realidad frente a la verdadera realización del último fin. La *actualidad*, en cambio, de las organizaciones vivas y de lo estéticamente bello demuestra ya para el *sentido* y la *contemplación* la *realidad del ideal*. Las reflexiones kantianas acerca de estos objetos tendrían, por tanto, aptitud especial para introducir la conciencia a la captación y el pensamiento de la idea *concreta*". § 164: "El concepto

es lo auténticamente *concreto*, ya que la unidad consigo mismo, como determinación en y para sí, lo que representa la particularidad, constituye la relación consigo mismo y la generalidad." Citemos, finalmente, como ejemplo de la aplicación de estas ideas al derecho, las palabras del begeliano Lassalle ("Teoría sistemática de los derechos adquiridos", trad. francesa, París, tomo II, 1904, pág. 641, nota 1.º): "Una vez más vemos que en el fondo no existe un derecho sucesorio en general, sino simplemente un derecho sucesorio romano, germánico, etc. Las diversas ramas del espíritu histórico poseen todas su concepto concreto y especulativo en su manifestación histórica. El concepto formal, común a las formas similares de las diversas épocas históricas del mundo, por ejemplo, el concepto general de la herencia, común al derecho sucesorio romano y germánico, es un concepto puramente abstracto, sin fondo ninguno, que cambia algunas veces en una oposición absoluta a causa de la diferencia y de la divergencia, que, en las diversas épocas, se abren camino en el espíritu nacional."

II

Dos palabras sobre cada uno de los dos problemas principales tratados por Larenz: 1.º Conceptos abstractos y concretos: Esta cuestión ha de ser reconducida a la "teoría del conocimiento". El pensamiento humano edifica con elementos reales segundas y tercera "capas del pensamiento", que simplifican la realidad para hacer posibles cálculos sencillos (véase REVISTA, 1941, 649; y 1942, 61) Los conceptos abstractos pertenecen a una capa abstractiva superior que los conceptos concretos, siendo, por ende, los primeros más adecuados a las ciencias muy generales (las matemáticas, las ciencias naturales); los segundos más idóneos para las ciencias individuales (moral, derecho, psicología, historia). La ausencia o la intervención del hombre como ser vital determina el grado de abstracción o de concreción de una ". El concepto abstracto, lejos de la realidad, es estable; el concreto, describiendo la realidad fluctuante, recoge su perpetuo nro y demuestra así carácter dialéctico. Si creyéramos en Spengleruiríamos el concepto abstracto y estable a la cultura apolíneoconcepto concreto y dinámico a la cultura fáustica. 2.º El petidamente (véase REVISTA, 1942, págs. 691, 747 a 749, émos puesto de relieve que el Derecho consiste en la orde-

nación de la realidad con diversos medios (usos, sentencias, órdenes concretas, coacciones, promesas, etc.), no siendo, por ello, ni un conjunto de meras normas, ni el resultado petrificado de una ordenación. Esta concepción mantiene en la materia de las *fuentes* la preponderancia de los usos y de la jurisprudencia sobre la ley, ya que los primeros ordenan efectivamente la realidad, mientras que la segunda sólo proyecta una reglamentación, que puede o no puede quedarse letra muerta. Una consecuencia práctica de esta tesis es la doctrina del uso jurídico en el Derecho Internacional Privado la norma de colisión, al declarar aplicable Derecho extranjero, no se refiere a las normas legales extranjeras, sino a la ordenación efectiva que en el país extranjero se da al caso en cuestión. En materia de las *limitaciones del legislador* (1), nuestro punto de vista prevé trabas manantes de las leyes de la naturaleza, de la moral y de la esencia del Derecho, perteneciendo a las últimas, por ejemplo, la imposibilidad de una ley prohibitiva de la interpretación o del derecho consuetudinario derogatorio, "consuetudo contra legem". Respecto al primer problema, recordamos que Larenz declara nula una disposición legislativa que prohibiera la aplicación del Derecho "en formación" para corregir el Derecho formado. Y en cuanto al segundo, invocamos a Puchta ("Vorlesungen über das heutige romische Recht", 5.^a edición, 1862, 13 y Apéndice 1., "Gewohnheitsrecht", tomo I, 1828, págs 180 y siguientes, tomo II, 1837, págs. 199 y sigs.), que prohíbe al legislador cluir la fuerza derogatoria del derecho consuetudinario. La interpretación del derecho consuetudinario subsume bajo cepto el golpe de Estado y la revolución, comprendiendo par, su fuerza derogatoria y engendradora de derechos nádiero al contenido del derecho. nuestro punto de prescripción extintiva, que no es sino "consuetudo vo, como auténtica extinción de un derecho elemento ordenador de la realidad, habiénd cuerto de una reglamentación proyectada concepción anglosajona de la prescripción procesal. También se compresid de la "lucha por el derecho" cha por el derecho no es merar impide su misma extinción -

(1) V. esta REVISTA, 194

do
logi
espir
cienci
cepto d
movim
eler, attri
nea y el
derecho, Re
760, 823)