

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVIII

Agosto de 1942

Núm. 171

La ejecución procesal en la ley Hipotecaria (*)

V

EL PROCEDIMIENTO

2. Enajenación de los bienes: la subasta. *A) Su celebración. b) Puja y remate. C) Sus efectos.*—3. Extinción del procedimiento.

b) Conocido ya el índice de problemas que la oferta presenta en la celebración de la subasta, pasemos a señalar la práctica de la misma, constituida de modo fundamental por la *puja* entre los diversos postores y la *aprobación del remate*.

En general, este trámite, en su primera parte, no presenta dificultades: la Ley Hipotecaria no lo regula siquiera. Por ello, la norma aplicable y fundamental en la materia es el art. 1.503 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que dispone lo siguiente:

“El acto del remate será presidido por el Juez, con asistencia del actuario y del subalterno del Juzgado que haya de anunciarlo al público. Se dará principio leyendo la relación de los bienes y las condiciones de la subasta. Se publicarán las posturas que se admitan y las mejoras que se vayan haciendo, y se terminará el acto cuando, por

(*) Conclusión. Véase el número anterior.

no haber quien mejore la última postura, el Juez lo estime conveniente.

"Acto continuo se anunciará al público el precio del remate y el nombre del mejor postor, cuya conformidad y aceptación se consignarán en el acta, que firmará con el Juez, actuario y subalterno y las partes, si concurriesen."

La Ley Hipotecaria se limita a exigir en su regla 13 que en el acto de la subasta se haga constar que el rematante acepta las obligaciones consignadas en la regla 8.^a (1), y si no las acepta, no le será admitida la proposición.

Por lo que respecta a la *aprobación del remate*, tenemos que determinar su carácter, las obligaciones que surgen de él y los efectos del cumplimiento o incumplimiento de tales obligaciones.

a) Realmente, en la Ley Hipotecaria las aprobaciones del remate de que se habla son dos: una en la regla 15 ("aprobado el remate, se le hará saber al adquirente", etc.), y otra en la 17 ("verificado el remate o la adjudicación, y consignado en su caso el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos", etc.). Puesto que esta segunda es más bien una aprobación de la transferencia de los bienes, que tiene diversa naturaleza jurídica del acto que ahora examinamos (2), nos limitaremos aquí al estudio de la primera.

La aprobación del remate procede cuando en la subasta en que se han cumplido las condiciones ya conocidas se ha presentado una postura admisible o cuando el acreedor solicita la entrega de los bienes hipotecados, y ello ha de hacerse conforme a la ley. La aprobación del remate en ambos casos puede hacerse *sin instancia* de parte, aunque la Ley Hipotecaria no lo diga, como en el supuesto de la regla 17; la forma de la aprobación (3) será la de un auto, dada la naturaleza y el contenido de la resolución.

b') Del auto de aprobación y de su notificación al rematante surge para éste la obligación fundamental de consignar el importe

(1) Supra, pág. 186.

(2) No estamos, pues, conformes con la opinión sustentada por algún sector doctrinal de que la diferencia entre ambos sea tan sólo su carácter *provisional* o *definitivo*.

(3) O de la adjudicación, según la ley Hipotecaria, que designa con este término al acto por el que las fincas se entregan al acreedor—y no a un postor—para pago de su crédito. Nosotros preferimos llamar "adjudicación" a la "transferencia de bienes" en cualquier caso. Téngase presente para la comprensión de la terminología utilizada en el texto.

ofrecido. Con respecto a tal obligación, debemos responder a estas dos preguntas: ¿Cuándo hay que pagar? ¿Qué cantidad debe ser pagada?

1.º El plazo para el pago o consignación es el de ocho días. En cuanto a su *comienzo*, hay que observar que, dado el texto literal de la regla 15, el día inicial ("a quo") no será el siguiente al de la notificación (art. 303 de la Ley de Enjuiciamiento), sino el mismo en que la notificación se haga ("contados desde la notificación"); en cuanto a su *término*, la doctrina dominante admite la consignación fuera de plazo si el actor, deudor o tercer poseedor no ha instado la declaración de que el remate queda sin efecto (1).

2.º Lo que hay que pagar en efectivo difiere según que el adquirente de las fincas sea un postor cualquiera o el acreedor ejecutante.

a'') En el primer caso se consignará la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el total precio del remate. Si nuestra ley siguiese el *sistema de la adición*, antes examinado, que hace coincidir la oferta real con la oferta declarada, el precio del remate se dividirá en dos partes: la de pago inmediato ("Bargebot"), —de la que a su vez habría que deducir el importe de la fianza— y el resto (valor de las cargas), que no se abona por el adquirente, pero del que se responde a los titulares de un derecho preferente a aquel que originó la ejecución.

b'') Si el adquirente es el actor, bien porque ofreció en la subasta la postura máxima, bien porque en los casos permitidos por la ley se le hace entrega ("adjudican") de las fincas, deberá consignar la diferencia entre el precio ofrecido o el que sirvió de tipo a la subasta y el importe de su crédito, con los intereses que la hipoteca asegure (2). Pero como su hipoteca puede garantizar también las costas de la ejecución, la ley (regla 15, párrafo 2.º), si bien no le autoriza a descontarlas ahora, porque no se conocen aún en toda su cuantía, indica expresamente que la consignación es sin perjuicio de que cuando se practique la liquidación de costas se reintegre el acreedor con lo que haya consignado del importe de las originadas hasta la cantidad asegurada con la hipoteca.

(1) Esta interpretación armoniza, en efecto, con lo dispuesto en la regla 16.º, pero ya no con los principios generales vigentes hoy en nuestro Derecho procesal (V. el art. 1 del R. D. de 2 de abril de 1924), como erróneamente afirma Manresa, obra y tomo cits., pág. 715.

(2) No se descuenta, naturalmente, el valor de la fianza, porque el acreedor está exento de su prestación, como sabemos.

c') Veamos ahora los efectos del cumplimiento o incumplimiento de esta obligación fundamental de la consignación.

1.º Si es cumplida, el precio del remate queda a disposición del Juzgado, el cual debe darle el destino siguiente (regla 16 del art. 131):

a") El pago del crédito hipotecario del actor "sin dilación".

Cuando el adquirente sea el mismo acreedor no tendrá ello lugar, puesto que sólo se ha consignado la diferencia entre el precio del remate—o el tipo de la subasta si ha habido adjudicación—y el importe de dicho crédito. De la cantidad que se pague ha de descontarse el importe de las costas procesales no aseguradas con la hipoteca. No cabe, por tanto, deducirlas del sobrante del precio de remate *con preferencia a los restantes derechos posteriores*; porque aunque el ejecutante puede reclamar su reintegro del deudor, ello no quiere decir que se trate de un crédito preferente también; el acreedor concurrirá aquí con los restantes y percibirá, por el orden legal, la cantidad que corresponda del sobrante, si llega para cubrir dicha atención (1); si al acreedor no se le hubiese pagado nada por ser él el adquirente, y el sobrante no llegase a cubrir las costas no aseguradas, cabe exigirlas al actor por la vía de apremio ordinario.

b") Con el sobrante ha de pagarse a los acreedores posteriores —la inscripción de cuyos derechos en el Registro queda cancelada— o debe ser entregado a quien corresponda, verbigracia, el dueño de los bienes, los acreedores simultáneos al ejecutante, si no optan por la subsistencia de su hipoteca (2). Mientras no se verifica la entrega, se constituirá tal sobrante en depósito en el establecimiento público destinado al efecto (regla 16, *in fine*).

Pero ¿cómo debe procederse en este caso al reparto y entrega siguiente? La solución más simple consiste en que, compareciendo los interesados en el Juzgado, el Juez, dentro del mismo procedimiento, haga la distribución y consigne a cada titular la parte que le corresponda. La ley de Enjuiciamiento civil parece inspirarse en este criterio al decir que "el remanente quedará a disposición del deudor, a no ser que se hallare retenido judicialmente para pago de otras deu-

(1) V. el artículo de Jerónimo González sobre *Preclación de costas procesales*, ya citado. Los derechos y honorarios del Procurador y Abogado pueden incluirse en la tasación de costas, aunque su intervención no sea obligatoria; sentencia de 23 de noviembre de 1935, que contradice la jurisprudencia dominante en casos análogos sobre interpretación amplia del art. 11 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Sobre esta solución, v. supra

das o que pesen otras responsabilidades sobre el inmueble", y la doctrina hipotecaria se muestra también favorable a dicha solución (1). Pero la jurisprudencia ha sostenido en una ocasión (auto de 14 de noviembre de 1924) el criterio opuesto, y ciertamente mucho más rígido, de exigir, para entregar el remanente al deudor, la afirmación de su derecho en el juicio declarativo correspondiente.

2.º Si la obligación de consignar no se cumple en el plazo fijado, surge la declaración de quedar sin efecto el remate, con las responsabilidades consiguientes para quien da lugar a ello, y se reproduce la subasta celebrada.

a'') La privación de efecto al remate anterior consiste en la anulación del que había sido aprobado. La doctrina dominante exige la instancia del actor, deudor o tercer poseedor para que ello pueda hacerse (2). La resolución judicial que recaiga deberá ser un auto, por estar ello en el espíritu del párrafo 3.º del artículo 369 de la ley de Enjuiciamiento civil (3).

b'') Las responsabilidades que surgen para quien dejó de consignar, difieren según se trate del acreedor ejecutante o de un postor distinto.

a''') En el primer caso, responde el actor de todos los gastos que origina la subasta o subastas posteriores que sea preciso celebrar, y no tendrá derecho a percibir intereses de su crédito durante el tiempo que se emplee en verificarlas (regla 15, último párrafo). Lo primero se explica porque no habiendo consignado el actor cantidad alguna para tomar parte en la subasta, no pueden resarcirse estos gastos con el importe del depósito; la segunda medida es también acertada, porque debe imputarse al acreedor el retraso que experimente en el cobro de su crédito (4).

b''') Si el que no consigna es un postor distinto, la responsabilidad consiste en la pérdida del depósito, que se destina, en primer término, "a satisfacer los gastos que origine la subasta o subastas posteriores, y el resto, si lo hubiere, al pago del crédito, intereses y costas" (regla 15, párrafo 2.º). Esta última sanción es, probablemente, dema-

(1) Aragonés: Ob. y loc. cits.; Morell: Ob. y tomo cits., pág. 135. La distribución se haría en este caso en forma de auto por el Juez.

(2) Contra ello lo que indicamos más arriba.

(3) Así Manresa: Ob. y tomo cits., pág. 715.

(4) Manresa la elogia igualmente, ob. y tomo cits., pág. 715.

siado rigurosa; más acertada, a nuestro juicio, la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.513), hace responsable al postor solamente de la disminución del precio que puede haber en el nuevo remate; aparte, como es lógico, de las costas causadas.

c'') Por último, la falta de consignación produce asimismo la reproducción de la subasta celebrada; práctica de una nueva "subasta en quiebra", como la llama la ley procesal. Esta subasta no difiere de la anterior (primera, segunda o tercera), puesto que, según la dicción literal de la ley, consiste en "una reproducción de la misma"; la única variación que encontramos es la de autorizar, en el caso de que sea responsable el ejecutante, a pedir la subasta "cualquier interesado" y no sólo el actor, deudor o tercer poseedor, como exige la regla 7.^a del artículo 131. Pero con objeto de evitar la repetición de estas subastas en quiebra, cabría adoptar diversas medidas (aparte de las sanciones de rigor), entre las que se han aconsejado: 1.^o La de que el acreedor no esté exento de la prestación de fianza en la nueva subasta cuando ha sido él quien dejó de consignar. 2.^o La de que aquellos postores que continuadamente han intervenido en las subastas alzando el precio, cuando las subastas quiebran después no tengan intervención en las posteriores. 3.^o La de que la quiebra sucesiva de un número determinado de postura en una subasta dé derecho a pedir la celebración de la siguiente (con la rebaja del tipo que autoriza la ley) (1).

c) Si el acto del remate llega a término con su aprobación, y se cumplen las obligaciones que de él surgen después de las posibles vicisitudes que hemos reseñado, la subasta termina con la *adjudicación* (2) o *entrega* de los bienes al adquirente.

¿Cuál es la *naturaleza jurídica* de este acto? He aquí uno de los problemas más interesantes de los que plantea la ejecución desde el punto de vista de la doctrina procesal, e incluso de toda la doctrina del Derecho. Carnelutti, en efecto, ha dicho de él (3) que constituye "un punto extremadamente delicado de la teoría jurídica."

Primeramente, puesto que en la adjudicación de los bienes se observa la prestación de una persona (el adquirente que paga el precio) a cambio de otra prestación que compensa la primera, cabe suponer que

(1) Propuestas estas dos últimas medidas por Navarro, Tena y Lueso V. el artículo citado, supra.

(2) Sobre el significado de este término v. más arriba.

(3) *Lezioni di Diritto processuale civile*, tomo IV, pág. 226.

nos hallamos ante un negocio jurídico de tipo contractual; en definitiva, ante un contrato. Y como las prestaciones que se cruzan están constituidas por una entrega de dinero como precio y una entrega de un bien como cosa, la conclusión que parece deducirse de ello inmediatamente es que nos hallamos ante una auténtica *venta* en el sentido del artículo 1.445 del Código civil: "Por el contrato de compraventa, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo representa."

Este es, sin duda, el pensamiento de nuestra ley de Enjuiciamiento civil, que emplea en la ejecución sobre bienes inmuebles la palabra "venta" en diversas ocasiones: arts. 1.500, 1.513, y, sobre todo, 1.514, donde se prescribe que "consignado el precio, se hará saber al deudor para que dentro de tercer día otorgue la escritura de venta a favor del comprador".

Pero contra semejante construcción se alza un gravísimo obstáculo, que es el que da origen a la mayor parte de las críticas que surgen frente a ella: *la falta de consentimiento* de uno de los presuntos contratantes, el dueño de los bienes, que figura como vendedor y que no *consiente*, en efecto—o puede *no consentir*—en la operación, pero está sujeto a los efectos jurídicos que se producen del mismo modo que si emitiera una auténtica declaración de voluntad.

Para obviar este inconveniente se han ensayado diversas teorías, que sin trascender del ámbito contractual, intentan explicar esta nota característica del acto de adjudicación.

a') Se ha visto por algunos en la enajenación de bienes que se realiza en cualquier tipo de ejecución el ejercicio de *un derecho de prenda* que tiene el acreedor sobre el patrimonio del deudor (1). Pero esto no explica la naturaleza jurídica de la adjudicación de bienes a un tercero, porque aun haciendo el ejecutante titular de un derecho de garantía sobre los bienes de la ejecución (sea el de prenda, en los casos generales, o el de hipoteca en los supuestos concretos que nosotros estudiamos), no se deduce de él que *pueda vender por sí mismo*, ni se concibe que *obligue a vender*, porque, al fin, la dificultad que existe para

(1) Kohler en *Prozessrechtliche Forschungen* (Jena, 1882) y principalmente Rocco: *Studi sulla teoria generale del fallimento*, en "Rivista de Diritto commerciale", 1910, e *Il fallimento*, 1917.

la concepción de esta *venta obligada* es idéntica a la que antes hemos observado y que precisamente se trata de justificar (1).

b') Haciéndolo notar así, Chiovenda, en un interesante trabajo titulado "Sulla natura dell'espropiazione forzata" (2), afirma que lo que se produce en una hipótesis de ejecución forzosa es la *expropiación de la facultad de disposición* que normalmente corresponde al *dueño de los bienes*. La expropiación se verifica en la resolución que autoriza la venta de los bienes; la resolución en que se adjudican los bienes constituye simplemente el ejercicio de esa facultad de disposición expropiada. Por ello este segundo acto es un verdadero contrato o relación contractual entre el Estado (por medio del Juez) y el mejor oferente, caracterizado por su especial forma u objeto; se trata, en definitiva, de una "venta en nombre del Poder público" (3). A la teoría de Chiovenda se ha adherido el procesalista, también italiano, Calamandrei, en un artículo publicado en la revista alemana *Iudicium* (4) con el título "Urteil als Vollstreckungsakt".

c') Pero tal opinión, indudablemente ingeniosa, peca probablemente de desproporcionada al acudir al mecanismo de la expropiación forzosa sobre una de las facultades que integran el dominio y hacer del deudor un incapaz de disponer. Desde otro punto de vista, Carnelutti (5) explica el acto de adjudicación como hecho por el órgano ejecutivo en *representación del deudor*. La teoría, extraordinariamente sugestiva, como todas las de este autor, se funda en una noción amplia del concepto de representación (6); la representación abarca, no sólo el ejercicio de un derecho en nombre de otro, sino también el cumplimiento de un deber, y según la relación en que se halle con la voluntad del representante podemos distinguir: representación *con voluntad*: "poder"; representación *sin voluntad*: "tutela" (casos de representación legal) y representación *contra voluntad*: "órgano ejecutivo" ("subro-

(1) V. Exner: *Kritik des Pfandsrechtsbegriff*.

(2) Publicado en la "Rivista de Diritto processuale civile", 1926, parte 1.^a, páginas 85 y sigs.

(3) El autor cita la obra de Galli, *El sistema della giuridizione esecutiva*, 1910, páginas 172 y sigs. Consecuencias prácticas de esta construcción son la admisibilidad de una acción de nulidad y el no estar obligado el expropiado a la garantía de los bienes

(4) Año 1930.

(5) *Lezioni* cits. tomo VI, pág. 232.

(6) Inspirada, en parte, en Gierke y en Heinemann: *Die Formen der Rechtsausübung*, en "Iherings Jahrbücher", 1931.

gación"). Puesto que el consentimiento del titular no es siempre necesario para actuar en su nombre, la adjudicación de bienes puede ser y es un acto realizado en representación del dueño de los bienes (1).

La aceptación de esta doctrina depende sin duda de la posición que se adopte respecto a la fórmula explicativa de la "representación" en que se apoya. Si parece demasiado forzado concebirla también en los casos en que el presunto representante obra, no ya en contra de la voluntad, sino incluso en contra del interés del "representado", preciso será desecharla, y entonces, colocándonos fuera del ámbito contractual o privatístico, enfocar el problema desde otro punto de vista distinto: el del puro Derecho público.

La dirección alemana, que criticando el término de "venta" ha visto en la adjudicación o entrega de bienes un acto típico estatal (Stein-Jonas, Oertmann, Pollack), aunque sin explicar precisamente en qué consiste su naturaleza, ha tenido en Italia dos principales seguidores: Satta, que en un artículo sobre la asignación de créditos en la ejecución forzosa (2), después de hacer equivalente esta asignación a la entrega de bienes, constituye con ambos actos una categoría jurídica: la de *transferencia de la propiedad*, distinta a la de la *venta* precisamente por la ausencia del consentimiento del titular, y Pugliatti, que en sentido análogo habla de *transmisiones forzosas* (3), concepto general dentro del que habrá de incluirse la adjudicación que nosotros examinamos. No cabe duda, a nuestro juicio, de que semejante posición representa un adelanto sobre la anterior de fundamento contractual, pero hay que confesar igualmente que está aún lejos de haber recibido una formulación precisa y sólida que haga de ella algo más que una simple propuesta de nueva terminología.

Dentro de nuestra Ley Hipotecaria, en este punto, nos encontramos con una profunda diferencia respecto a la de Enjuiciamiento civil; no sólo en aquélla no se menciona la palabra "venta", como en ésta,

(1) Carnelutti, que ha precisado su pensamiento en este punto en una nota al artículo de Pugliatti, que luego citaremos, menciona como caso análogo el de la venta de cosa ajena hecha a un tercero de buena fe.

(2) *Sulla asseguazione del crédito nella esecuzione forzata* en "Rivista di Diritto processuale civile", 1931, II, pág. 192. Acerca del mismo el artículo de Gaudenzi *Sulla asseguazione dei crediti pignorati*, 1932, II, pág. 217.

(3) En su obra *Teoría dei trasferimenti coattivi* y en dos trabajos publicados en la "Rivista di Diritto processuale civile" criticando la posición de Carnelutti: *Vendita forzata e rappresentanza legale* (1931, I, pág. 294) y *Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata* (1932, I, pág. 408).

sino que el acto de adjudicación no se verifica por medio de una escritura que otorga el deudor, sino por medio de un auto que dicta el Juez, cuyo testimonio es bastante para la inscripción que ha de practicarse en el Registro como consecuencia de la enajenación.

A pesar de algunas opiniones discordantes (1), la supresión de la escritura pública ha sido favorablemente acogida por la doctrina (2), que ha sacado de ella la consecuencia fundamental de no constituir la entrega de los bienes un verdadero contrato (venta), sino un acto judicial (3), y la única duda que puede surgir en este punto la plantea el texto literal de la ley por el empleo del término "representación".

Según la regla 17 del artículo 131, "verificado el remate o la adjudicación (4), y consignado en su caso el precio, se dictará, de oficio, auto aprobándolos en *representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenan*", etc. Hemos visto anteriormente cómo hay una teoría que acude a este concepto para explicar el acto de la enajenación; pero aun apoyándonos en ella, el sistema legal da origen a demasiada imprecisión, porque no se sabe, en algún supuesto, en nombre de quien hacer la transmisión: no en nombre del hipotecante, porque puede éste haber dispuesto de los bienes con posterioridad, ni en nombre del último dueño que conste en el procedimiento, porque acaso no sea éste "el dueño actual" si alguien adquirió los bienes con posterioridad a haberse iniciado la ejecución. En la práctica, acaso se pueda obviar la designación concreta mediante una expresión genérica ("en nombre del dueño"); pero ello no es sino un expediente que no basta para satisfacer la natural necesidad de una calificación racional y correcta de este tipo de enajenación.

C. Por último, los efectos de la subasta se enlazan, como anteriormente vimos, con los trámites que componen la última fase del procedimiento.

3. El período de extinción. Las actuaciones que en él se realizan son:

(1) Como las que se alzaron en el Senado durante la discusión parlamentaria de la reforma.

(2) La Dirección General de los Registros no ha querido, sin embargo, extenderla a la ejecución ordinaria; resolución de 12 de febrero de 1916.

(3) V., p. e., Morell: Ob. cit., pág. 136. En contra M. Mora (artículo citado, supra, pág. 188), quien afirma que el acto se equipara a una venta: "la voluntad traslativa del dominio con sus consecuencias hipotecarias es idéntica".

(4) "Stricto sensu".

A. La cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor, y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla (1), incluso las que se hubiesen verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.^a (regla 17, párrafo 1.^o). Este trámite tiene carácter procesal sólo en cuanto a su adopción (en el auto de aprobación "definitiva") y a la forma de ordenarlo: mandamiento dirigido por el Juez al Registrador (expidiéndose al efecto el oportuno mandamiento, en el que se hará constar que se hicieron las notificaciones expresadas en la regla 5.^a; que el valor de lo vendido o adjudicado fué igual o inferior al importe total del crédito del actor, y en el caso de haber superado, que se consignó el exceso en el establecimiento público destinado al efecto, a disposición de los acreedores posteriores" (regla 17, párrafo 1.^o, al final); no son procesales, en cambio, los problemas que plantea su ejecución y a que aluden los párrafos 2.^o y 3.^o de esta misma regla: circunstancias del asiento de cancelación, título bastante para inscribir.

B. Si el adquiriente lo pide, se le pondrá en posesión judicial de los bienes enajenados (regla 17, párrafo 4.^o), lo que se llevará a cabo en la forma marcada en la ley de Enjuiciamiento civil, título XIV del libro III, primera parte, lo que constituye desde este punto de vista el último trámite de los que integran el procedimiento estudiado en su desarrollo normal.

JAIME GUASP

Catedrático de la Universidad de Barcelona.

(1) Se cancela la escritura de rectificación de cabida aunque sea posterior (resolución de 11 de diciembre de 1928) y también la de inscripción de dominio, aunque se trate del adquirente judicial en otro procedimiento, según decidió la importante resolución de 28 de agosto de 1926.

El ausente y sus derechos hereditarios

Importa fijar bien, si es posible dentro de preceptos tan confusos, la situación del ausente llamado a una herencia. La materia, cual advirtió ya Laurent, está erizada de dificultades, ocasionando debates que presenciamos a diario entre los publicistas más doctos, aun después de la reforma introducida por la ley del 8 de septiembre de 1939, en cuyos preceptos se han resuelto algunos problemas planteados por el Código civil, pero se dió lugar a otros.

Conviene considerar ante todo los supuestos siguientes:

1.º *Ausente meramente de hecho*, o sea el que aparezca en circunstancias legales para ser declarado judicialmente ausente, pero que no se ha dictado todavía esa declaración.

2.º El declarado ausente por la autoridad judicial.

3.º Declaración de su fallecimiento.

Tales son los supuestos principales, referidos concretamente al momento de ser llamado a la herencia el ausente mismo, pues si de cierto vivía entonces, o procedía haberle por vivo, y *las circunstancias de ausencia han sobrevenido después*, por ejemplo, al tratar de la partición de la herencia, se impone evidentemente tenerle por heredero, adjudicándole en la división su cupo o hijuela correspondiente, con las oportunas modalidades, incluso, en su caso, la concurrencia del representante que, según ley, deba llevar la voz del ausente, o, si ya medió la declaración de su fallecimiento, acudiendo a sus herederos como subrogados en su personalidad, sin olvidar que si el testador designó contador-partidor, puede éste realizar por sí mismo la partición con las amplísimas facultades del testador, conforme a una jurisprudencia que, más o menos discutible, arraiga cada vez con mayor decisión.

LOS DISTINTOS SUPUESTOS

Vengamos al estudio de cada uno de los tres indicados.

El 1.º Si el llamado a una herencia no ha sido declarado ausente todavía, pero se encuentra en condiciones de serlo, por haber desaparecido hace un año (a veces, mayor lapso de tiempo) los demás interesados que quieran partirla pondrán los hechos en conocimiento del Juzgado de Primera instancia, el competente a tenor del artículo 1.º de la Ley de 30 de diciembre de 1939, para que se declare la ausencia, procediéndose luego a la división pendiente con la intervención del representante judicial del desaparecido.

Si no ha transcurrido aún el lapso de tiempo legal ó circunstanciado desde las últimas noticias del ausente, pero ha dejado apoderado para el caso, comparecerá el mismo apoderado al otorgamiento de la partición, y si no lo ha dejado, el Juez designará seguidamente, para otorgarla, un representante, cuando resulte que el otorgamiento no admite demora (a manera de medidas provisionales de pre-ausencia), y si admite demora, como la admite tantas veces, se esperará a que transcurra el tiempo aludido, a fin de consolidar eficazmente la situación de ausencia, declarándola ya.

Supuesto 2.º, o de la declaración de ausencia.—Cuando la declaración judicial de ausencia esté hecha, otorgará la partición a nombre del ausente el representante judicial.

Expuestos ambos extremos (al final hablaré del tercero), surge la pregunta si al ausente meramente de hecho, así como al declarado ahora ausente, se les tiene por herederos en todo caso, reputándoles vivos *en el momento de causarse la herencia a que sean llamados*, o si, por el contrario, debe reputárseles fallecidos o en alguna situación peculiar de efectos retroactivos.

A primera vista parece que solamente desde la fecha de la declaración judicial de ausencia se puede excluir de una herencia al ausente, debiendo reputarlo vivo por de pronto durante el tiempo anterior a esa fecha, sobre la base de que la resolución declaratoria de una ausencia carezca de efectos retroactivos, a diferencia de la del fallecimiento, el cual se refiere siempre a día anterior al de la resolución, y que, por consiguiente, en las particiones de herencia causada antes de la fecha de la declaración de ausencia deberá ser incluido como heredero el de-

clarado hoy ausente, sin perjuicio de que mañana se pruebe el fallecimiento anterior a la muerte del *de cuius*, con todas las consecuencias del hecho probado.

LA JURISPRUDENCIA

Sin embargo, no es lo que parece; a lo menos no ha sido siempre aquélla la doctrina de la jurisprudencia, la anterior a la Ley de septiembre de 1939.

Veamos, en efecto, las sentencias de 24 de noviembre de 1927 y 9 de febrero de 1935.

En la de 1927 ocurría que un señor, don Perfecto Pastor, hijo único de don Salvador Pastor y Pérez, había sido declarado ausente por auto de 1903. Murió después *ab intestato* el don Salvador, hallándose casado en segundas nupcias, de las cuales no dejó sucesión.

Dos sobrinas suyas y la viuda promovieron el expediente o juicio sumario de declaración de herederos en favor de las tres, acomodándose a la proporción respectiva del Código civil. Comparece luego en las diligencias la esposa del ausente, que había sido designada para la administración de los bienes del mismo, pidiendo que fuese declarado heredero su propio representado.

El Juez dictó sentencia conforme a las pretensiones de las tres primeras, desestimando la de la representación del ausente, por no constar que estuviese vivo al morirle el padre.

Apelada la sentencia ante la Audiencia Territorial de Valencia, fué revocada en 9 de junio de 1923, declarando heredero *ab intestato* al ausente, con las reservas relativas al evento de que resultase muerto en la fecha del fallecimiento de su padre, por entender que le asistía la presunción legal de vida hasta que se produjese la declaración de presunción de muerte, reservas que se harían constar en la inscripción que de los bienes hubiere de hacerse en el Registro de la Propiedad.

Justamente contrariadas las dos sobrinas del don Salvador, promovieron en 1924 demanda en juicio ordinario de mayor cuantía, con la súplica de que se anulase aquella sentencia de 9 de junio del año anterior, y se declarase en su lugar que el ausente no podía heredar a su padre por no haberse probado que le hubiese sobrevivido, correspondiéndoles la herencia tan sólo a ellas dos, salvo el usufructo legal de la viuda, sin perjuicio de la petición de los derechos hereditarios del

ausente si llegara a acreditarse su supervivencia. La acción se dirigió contra los declarados herederos por la Audiencia.

El juez accedió a la demanda de nulidad, y luego la expresada Audiencia confirmó el fallo.

Interpuesta la casación, el Tribunal Supremo desestima el recurso, declarando que el derecho sucesorio se funda evidentemente en la existencia real de la persona llamada a su disfrute, condición imposible de atribuir al ausente, *cuya situación de hecho no es de existencia ni de inexistencia*, sino indefinida, de incertidumbre, conforme la justificaban las disposiciones contenidas en los artículos 181 a 194 del Código sobre medidas provisionales de ausencia, declaración de la misma, administración de los bienes del ausente y presunción de muerte, bien entendido que tales disposiciones únicamente pueden referirse a los derechos ciertos y *conocidos al tener lugar la ausencia*, porque lo relativo a los originados posteriormente han de regirse por los artículos 195 al 198, o sea lo de los derechos eventuales del ausente, y en particular el 195. Debía, pues, la representación del ausente justificar que éste vivía al fallecer su padre, lo cual no había justificado.

Estudiemos la sentencia de 9 de febrero de 1935, de mayores luces conforme a la especialidad del caso.

En 1885 desapareció de su domicilio de Cambados para la isla de Cuba un señor, D. Eugenio Padín, sin volver a saberse de él. En sentencia de 1922 fué declarada su presunción de muerte, por haber transcurrido treinta años de su desaparición (como habían pasado treinta y siete, debió de referirse la muerte al año 1915, según la jurisprudencia de entonces).

En 1907 falleció abintestato, sin sucesión, una hija del D. Eugenio Padín, a la que habría de heredar su mismo padre, suponiéndole vivo; pero como no se sabía de él pasaba de veintidós años, llegó a surgir la cuestión sobre el derecho a heredar a la hija, sobre si debería ser tratado por las normas de los derechos eventuales del artículo 196 del Código civil (no reputarle por de pronto heredero, aunque con las reservas consiguientes). Si se le consideraba tal heredero, resultaba aumentado su patrimonio con esa herencia, quedando excluido en otro caso.

Sin hablar ya de otros extremos del pleito, por ejemplo, ciertas operaciones con trascendencia de *actos propios* de alguno de los litigantes, el Tribunal Supremo, confirmando el criterio del Juzgado de Cam-

bados y de la Audiencia de La Coruña, sentó los siguientes considerandos, entre otros:

A. Como tiene dicho el Tribunal Supremo en 24 de noviembre de 1927, el derecho sucesorio se funda, sin duda alguna, en la inexcusable existencia real del llamado a obtenerlo, existencia o vida que no puede afirmarse con relación al ausente cuya *situación de hecho* no es de existencia ni de inexistencia, sino propiamente indefinida, de incertidumbre.

B. Según los *principios del derecho común*, de que es una mera, aplicación el artículo 195 del Código, para adquirir derechos se requiere la existencia del sujeto de los mismos, circunstancia que debe ser probada por quien los afirma y reclama, doctrina aplicable a toda persona que haya desaparecido de su domicilio con paradero ignorado, siempre que el estado de ausencia haya sido objeto de constancia judicial en cualquiera de sus grados o momentos, cual lo confirma la amplia frase "persona cuya existencia no estuviese reconocida", que nuestro Código tomó del modelo francés, pues es obvio que la incertidumbre sobre la existencia del ausente nace *legalmente y de hecho el día de su desaparición o de sus últimas noticias*.

C. Nada vale contra lo dicho que hasta el año 1922, de la declaración de presunción de muerte, no se hubiese hecho declaración judicial sobre la ausencia, porque *a los efectos de los derechos eventuales* que puedan pertenecer al ausente desde su desaparición o últimas noticias es *indiferente la gradación por la que puede atravesar la situación legal del ausente*, sin poder aceptarse en buena lógica que el hecho de no haberse solicitado antes de la presunción de muerte las medidas conservatiyas del patrimonio y la declaración de ausencia, tenga trascendencia para modificar el régimen de los derechos sucesorios, en provecho exclusivo de quienes han omitido el cumplimiento de esas diligencias normales.

D. La prescripción adquisitiva de bienes de un ausente (recordemos de paso este considerando) no corre sino a partir del año en que se declaró su muerte.

De esta sentencia, verdaderamente interesante, inferimos que en cuanto a los llamados *derechos eventuales* debe ser habido por ausente el que se halle en los concluyentes supuestos de la ley, aunque los Tribunales no hayan intervenido aún, pues si bien es verdad que en el considerando de la letra B. se exige constancia judicial, no tiene ésta el

efecto de *resolución constitutiva*, sino *declarativa*, según se desprende claramente de los abundantes conceptos reiterados sobre ello en el considerando de la letra C.

Llegamos, pues, a la conclusión de que toda persona desaparecida en dichas circunstancias de tiempo mínimo legal habrá de ser reputada ausente, en situación de *ausencia legal* (para usar la frase del artículo 183 moderno), siquiera haya de requerirse la intervención judicial para que la reconozca y concrete, expresando el tiempo de la ausencia real, o cuando menos un *mínimo* conocido que sirva de término *a quo*.

Nos parece plausible la doctrina, porque otra cosa equivaldría a aquello de dejar frecuentemente a merced de los egoísmos o intereses particulares la entrada del ausente en una herencia a la cual esté llamado, precisamente los intereses de las personas que más saben de la desaparición de sus familiares.

De manera que cuando el desaparecido lleve más del mínimo de tiempo previsto en el artículo 182 moderno de la ley y el Juez la declare con relación al año o años transcurridos, éstos deberán ser considerados como de ausencia efectiva y eficaz, aunque con presunción *iuris tantum*.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Esa era ya sustancialmente la doctrina de los artículos 42 a 45 del Código civil italiano, inspiradores de otros tantos del nuestro, los 195 a 198. Respecto a ello, el insigne Ruggiero se expresa así:

“Ausencia, en sentido técnico, es la desaparición de una persona de su domicilio o de su última residencia, sin tenerse noticias suyas. Es el concepto dado por el artículo 20 del Código italiano” (coincide con ello el Código español). Luego llama *ausencia presunta* la del período primero, en que *predominan las probabilidades de vida y de regreso* del desaparecido.

“En cuanto a los derechos eventuales correspondientes al ausente —dice más adelante—, las disposiciones del Código se inspiran en el principio de que nadie es admitido a reclamar un derecho en nombre de persona cuya existencia se ignore, si no se prueba que existía cuando aquel derecho nació; por consiguiente, si se abre una sucesión a que es llamado el ausente, no pueden sus herederos reclamarla en su nombre,

debiendo ser entregada a sus coherederos, salvo el derecho de representación a que en su caso hubiere lugar."

Concuerdan todos esos conceptos con los del Sr. Sánchez Román.

Respecto al Código francés, modelo del español, y recordado por la indicada sentencia de 1935, tenemos los artículos 135 a 138, de los cuales son copia casi literal los nuestros 195 a 198 (numeración moderna), sobre cuyo alcance declararon los Tribunales franceses de casación que mientras dura la ausencia no se puede decir que el ausente esté vivo ni muerto, a menos que lo acredite quien lo alegue, y algunos de los comentaristas franceses más destacados concuerdan en su exposición con la del catedrático Ruggiero, afirmando reiteradamente que no se puede heredar sin estar cierto de que el heredero existía en el día del fallecimiento del *de cuius*, siendo así que donde hay ausencia en sentido técnico no existe semejante certeza, pues que certeza e incertidumbre son términos antíticos.

Habrán de manifestarlo previamente los Tribunales por medio de la oportuna declaración de ausencia; pero después de la declaración, o antes de ella no pueden ser atribuidos al ausente derechos que se le ofrecieren durante esa situación, como no llegue a acreditarse la supervivencia. Lo demandan así los principios del Derecho común, cual viene sosteniendo toda la jurisprudencia invocada, en particular la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1935.

Por lo tanto, si un contador-partidor se encuentra con la ausencia patente en circunstancias de proceder su declaración, respecto a uno de los herederos o sucesores, no debe formarle cupo o asignación de bienes, sino acudir al Juzgado correspondiente para que haga la declaración de ausente, en la cual constará que en la fecha de abrirse la sucesión (en su caso, la de cumplirse la condición suspensiva), se había iniciado tal situación, se daban las circunstancias legales de la ausencia.

LA NUEVA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Ahora bien, dando por bueno cuanto acabo de exponer, aunque no falten los reparos propios de todas las cuestiones de un Derecho complicado, vamos a ver si será de aplicación a la legislación española después de la ley de 8 de septiembre de 1939, o Ley de la Ausencia.

Sin negar en ello la existencia de todo un problema, entiendo que la contestación debe ser afirmativa, por las siguientes razones:

Primera. Los *principios de Derecho común*, aludidos en la sentencia de 1935, no han cambiado. Hoy, como ayer, no puede heredar aquella persona cuya existencia es incierta. Tampoco se puede aceptar ni repudiar una herencia (art. 991 del Código) sin estar cierto de la muerte del causante: la certeza es el denominador común, para un caso, el de estar vivo para heredar, y para el otro, el de la muerte del causante.

Segunda. Ni los artículos 195 y 196 (actualmente 190 y 191), inspirados precisamente en aquellos principios, han cambiado para el caso.

OBJECCIONES

Tal vez se objete que ha sido muy modificado uno de dichos preceptos, porque el 190 moderno dice así:

“Para reclamar un derecho en nombre de la persona **CONSTITUIDA EN AUSENCIA**, es preciso probar que esta persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo”; mientras que su parejo, el 190 antiguo, empleó estas palabras:

“El que reclame un derecho perteneciente a una persona cuya existencia no estuviese reconocida, deberá probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.”

¿Hay diferencia fundamental entre ambas redacciones? Yo no la advierto, siquiera haya de tener muy presente que verdaderas autoridades científicas la encuentran en la palabra o término **CONSTITUIDA** (persona constituida en ausencia), pues ven en ella el propósito del legislador de exigir o referirse a una ausencia *declarada judicialmente*, mientras nosotros, dicho sea con el máximo respeto a las opiniones contrarias, no observamos en esa palabra más que un deseo de concretar, como se concretó, en una voz muy apropiada un concepto expresado en varias dentro del precepto antiguo, donde hasta aparecía una logomaquia o juego de palabras que hacían entrevesada la dicción, con deslucimiento de la severidad del texto legal.

El término o palabra **constituido** no significa sustancialmente más que la palabra *colocado, asentado, situado*; pero lo significa con mayor propiedad y concisión que esotras, ya que la palabra **constituido** añade a ellas, como lo indica su etimología, un *estado (sto, stas, stare)* basado en la reunión (*cum*) de determinados elementos, los requeridos por la ley para la ausencia en el artículo 183 moderno.

Las leyes constituyen derechos o el origen de los mismos, como dijo el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de marzo de 1899; pero cuando lo hacen a base de reconocimiento de hechos circunstanciales, se impone atribuir a éstos cuanto la ley les atribuye o supone, siendo incuestionable que la realidad de una ausencia y el tiempo *apreciado* en ella por las resoluciones judiciales, son afirmaciones de innegable trascendencia efectiva.

Por último, que bien pudiera ser lo primero. El significado de la palabra *constituido* lo encontramos fundamentalmente en el artículo 183 moderno, el de la propia ley del 39, cuando dice: "Se considerará en SITUACIÓN de ausencia legal." *Constituído* en ausencia, es, pues, equivalente a *situado* en ausencia. Y eso lo dice aquel precepto, el artículo 183 moderno, precisamente con referencia a *tiempos anteriores a la declaración judicial de ausencia*. Y para mayor comprobación, recordemos el precepto en sus dos párrafos:

"Art. 183. Se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia: 1.º Pasado un año desde las últimas noticias, o, a falta de éstas desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes. 2.º Pasados tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes.

La muerte o renuncia justificada del mandatario, o la caducidad del mandato, determinan la ausencia legal, si al producirse aquéllas se ignorase el paradero del desaparecido y hubiere transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias, y, en su defecto, desde su desaparición. Inscrita en el Registro Central la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente."

La objeción mayor que a *primera vista* se presenta contra nuestra tesis viene ahora. Aparece dentro del primer párrafo del artículo 195 moderno, cuyas son estas palabras:

"Art. 195. Por declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal; pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario."

Si la referencia a tal presunción se ha de tomar al pie de la letra e imperativamente, con independencia de los artículos 190 y 191 modernos, así como su relativo el 192 (iguales sustancialmente para el

caso a los 195, 196 y 197 antiguos), es forzoso suprimir aquellos tres, porque su contradicción con el 195 sería palmaria: "... mientras dicha declaración (de fallecimiento) no se produzca, se presume que el ausente ha vivido", que es todo lo contrario de los artículos 190 y 191, cuando impiden que la persona constituida en ausencia adquiera derechos nacidos dentro de la ausencia.

En particular manda el artículo 191 que los derechos hereditarios pasen por de pronto a los coherederos del ausente, a título del derecho de acrecimiento, salvo que haya otras personas con *derecho propio* para reclamarlos, es decir, con *derecho preferente* al de acrecer, y como quiera que derechos preferentes al de acrecimiento son el de representación legal en primer término, y el de sustitución que legalmente haya previsto el testador, en segundo lugar, llegamos a la conclusión de que la ley más ha pensado en la muerte del ausente que en su vida, porque la representación aludida se aplica en caso de muerte, repudiación de herencia, o de incapacidad, y es visto que no se puede hablar de repudiación ni de incapacidad.

No podemos creer, ante semejante antagonismo, que se impónga el artículo 195 en su expresión material a la doctrina de arraigo tradicional, lógica y jurídica, comprendida en aquellos dos artículos. Hasta se hace en el último de éstos, el 191, una referencia a la declaración de fallecimiento, o sea a la que es objeto precisamente del artículo 195, lo cual patentiza que al redactarse el 192 moderno se ha tenido presente el 195, y, sin embargo, se le dió aquella amplia redacción de conceptos y supuestos verdaderamente incompatibles con la presunción de vida del declarado ausente.

Incluso cuesta trabajo creer que si la ley de 1939 intentara introducir una reforma de tamaña trascendencia y novedad, omitiese en el preámbulo toda referencia a ello, cual omitió.

Ahora bien, ¿de dónde habrá venido, dónde se habrá inspirado el artículo 195? Sin duda en el artículo 19 del Código alemán de 1896, del siguiente texto:

"Mientras la declaración de muerte no se haya pronunciado, se presumirá que el ausente ha sobrevivido hasta el momento en que, según el párrafo 2.º del artículo 18, deba admitirse como momento de la muerte, a falta de otros resultados de las investigaciones. Es aplicable por analogía lo del párrafo 3.º del artículo 18."

En el Código alemán, decididos sus legisladores a adoptar esa doc-

trina amplia de presunción de vida del ausente, ha podido hacerse sin estorbo, porque carecían del precepto opuesto; pero nuestra legislación rechaza la doctrina en los dos preceptos antiguos y modernos. Volvamos a la contradicción:

Graves autoridades en la materia aconsejan que en el caso de artículos contradictorios dentro de una ley, se prescinda de ellos; pero eso ocurrirá cuando la abstención sea posible, y aquí no lo es, porque al ausente ha de tenerse por vivo, muerto o en *situación indefinida*. Por muerto, de ninguna manera, mientras los Tribunales no lo declaren; nos quedan, pues, los otros dos términos de la disyuntiva.

¿Cuál de los dos acogeremos? Naturalmente, el de los *principios de Derecho común*, recordados por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1935, ponencia del doctísimo Castán, y trasunto de una copiosísima jurisprudencia extranjera, sobre todo de la dictada para la interpretación de preceptos del Código italiano, de los que se han copiado sustancialmente los del nuestro, aquellos *principios* según los cuales "para adquirir derechos se precisa existencia cierta del que haya de ser sujeto de los mismos, y la prueba de esta circunstancia incumbe a quien reclama y afirma, debiendo entenderse que rige para toda persona que haya desaparecido de su domicilio, y cuyo paradero se ignore".

Si tales son los principios de Derecho, tendríamos nosotros, dado caso de vernos ante semejante contradicción de artículos, la doctrina fundamental del artículo 6.^º del Código civil, que impone a nuestros Tribunales la aplicación de los *principios generales del Derecho* cuando no haya ley ni costumbre del lugar; son, conforme dijo la sentencia de 26 de noviembre de 1926, la *fuente supletoria de segundo grado*. Y los principios de Derecho son los de los artículos 190 y 191.

Concluyamos reiterando nuestra tesis de que el ausente, supuesto el lapso consabido de tiempo sin noticias y demás, no puede, por de pronto, heredar, aunque no haya sido provocada la intervención judicial, si bien no se le pueda excluir *uctoritate privata* de la herencia, pues se necesita que los Tribunales lo reconozcan de alguno de los modos previstos en la ley, que reconozcan, al declarar la ausencia, el tiempo que lleva comprendido en las normas del artículo 183 de la ley.

Por ello, la resolución de 1 de julio de 1891 no admitió que se tenga por caducado *a priori* el mandato, aunque lleve mucho tiempo de vigor. No creo que deba ser otro el alcance de la resolución.

Ahora bien: el día en que se llegue a la declaración judicial de fallecimiento del ausente se desvanece, siquiera sin perjuicio de prueba en contrario, las vacilaciones iniciales, desaparece la situación *indefinida*, porque se concreta por de pronto la fecha de la muerte, y, en consecuencia, el tiempo anterior a esa fecha se presume de vida del ausente, rectificando, como otra consecuencia, los actos otorgados sobre bases de tipo o carácter indefinido.

INTERPRETACIÓN BENIGNA

Llamémosles así a las que pretenden salvar en cuanto sea posible el referido inciso del primer párrafo del artículo 195.

Pensamos en dos supuestos o modos de salvar y buscar la intención del legislador, uno de ellos apuntado en atinadísimas apostillas a un trabajo publicado en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

Primer supuesto.—El inciso de la acusada contradicción alude solamente a los casos de desaparición unida a graves peligros de la vida corridos por una persona de quien no ha vuelto a saberse, o a una operación bélica o viaje en nave o aeronave desaparecidas en algún siniestro.

Con tal interpretación, el inciso tendría esa aplicación, aunque no más: no se aplicaría a los casos ordinarios de ausencia en los cuales no haya habido tales contingencias, o a lo menos no se sabe que las haya habido.

Segundo supuesto. — Es el más defendible, a mi juicio. Al recaer la declaración judicial de fallecimiento, con la obligada fijación de la fecha presunta del mismo, se reputará que el desaparecido ha vivido en todo el tiempo anterior a ella, atribuyéndose *entonces* carácter retroactivo a todos los derechos que por la eventualidad de la ausencia no hubiesen sido reconocidos al ausente hasta aquella fecha, sin perjuicio de los que la ley otorgue al poseedor interino o provisional, revestido de las condiciones legales para serlo efectivamente.

La palabra *entonces* salvaría la contradicción, y, como consecuencia, al párrafo discutido podríamos suponerle la redacción que se expresa conforme a lo que sigue.

Ese párrafo aparece concebido dentro de la ley de Ausencia en estos términos:

"Art. 195. Por declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal; pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario" (siguen los otros dos párrafos del artículo).

Admitida la interpretación o sentido expuesto como segundo modo, la redacción equivaldría a la siguiente:

"Art. 195. Por declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal; pero hasta el momento a que se refiera la declaración que se produzca, se presume entonces que el ausente ha vivido, salvo investigaciones en contrario."

Me aproximo de esa manera a la redacción actual para mejor salvarla, pero bien se advierte que hay diversas formas de mejor sintaxis. Dándole la segunda interpretación, tendríamos esto en dicho párrafo:

1.º Quiere la ley del 39 que la declaración de fallecimiento concreta la fecha en que se presume haber ocurrido el fallecimiento mismo (extremo que por su evidencia está fuera del debate).

2.º Que entonces, o sea al conocerse tal fecha, se reputa vivo al ausente a contar de ella para atrás, desapareciendo la situación indefinida en que primeramente se viniere persistiendo.

3.º Se admite prueba de que antes de aquella fecha a que se refiera el fallecimiento hubiese ocurrido éste (también se halla fuera de debate tal extremo).

Si no supiéramos, como sabemos, cuál es el modelo del artículo 195 y su alcance en el modelo o artículo 19 del Código alemán, es muy probable que esta última interpretación, más o menos benigna, fuese aplicada sin tantas vacilaciones.

En todo caso, de no buscarle una tabla salvadora al inciso, deberá naufragar antes él que la doctrina de los buenos principios de Derecho contenida en los artículos 190 y 191 de la Ley de 8 de septiembre de 1939.

E. VÁZQUEZ GUNDÍN
Registrador de la Propiedad

Las obligaciones hipotecarias de ferrocarriles

En virtud de la Ley de 24 de enero de 1941, el Estado español se ha incautado de los ferrocarriles de vía ancha, entre los que se encuentran las concesiones de la Compañía del Norte y las de Madrid a Zaragoza y a Alicante, que tienen en circulación alrededor de dos millones de pesetas en Obligaciones con garantía hipotecaria; y como nuestros lectores, aparte de la importancia que REVISTA CRÍTICA concede a estas cuestiones, saben que casi todo el capital social de "Publicaciones Jurídicas" ha sido invertido en esa clase de valores, no ha faltado quien nos pregunte sobre el porvenir de los mismos.

Por de pronto, nos creemos autorizados para no justificar detenidamente la inversión de nuestros sobrantes: se trata de un papel seguro de viudas y huérfanos, de módico interés, poco sujeto a las oscilaciones de la especulación y adecuado a la índole de una publicación llamada a defender el derecho real de hipoteca.

Y vamos a echar nuestro cuarto a espadas en la cuestión actualmente discutida de las Entidades a quienes corresponde el pago de los intereses, amortización y gastos de las emisiones, la probable distribución de la anualidad de rescate que el Estado fija y el valor de las llamadas reservas o patrimonios privados de las Compañías constituidas con beneficios no repartidos.

I

CONCESIONES FERROVIARIAS

Del estado que sirve para determinar la fecha media de reversión de las Compañías de los Caminos de Hierro, se deduce que a partir de mediados del pasado siglo se han obtenido muchas concesiones sujetas a dicha concesión, cuya naturaleza jurídica debemos determinar, en principio, como base de investigación. Parécerá acaso ocioso este estudio a quien sólo pare su atención en que el rescate ordenado por la Ley de 24 de enero de 1941, que ha promovido la crisis actual, lo mismo afecta a los ferrocarriles concedidos a perpetuidad que a los explotados

temporalmente; pero basta leer detenidamente el artículo 1.º para convencerse de que el sistema, en lo referente a líneas de ancho normal, parte de concesiones cuya fecha de vencimiento se adelanta y tiene por finalidad consolidar la plena propiedad del Estado desde cierto día, poniéndole en el goce de dichos ferrocarriles.

Sin necesidad de penetrar en el estudio de la naturaleza jurídica de la concesión como acto de derecho público y contrato administrativo, partimos de la afirmación corrientemente hecha por los autores de que, en nuestro caso, atribuye a una persona o Empresa la construcción de un ferrocarril y la gestión del servicio público correlativo, constituyendo una figura jurídica caracterizada en su plenitud por la unidad orgánica de explotación llevada a cabo con sujeción a las leyes y pliegos de condiciones.

Por ser de todos conocidos y tener capital importancia en orden a la reversión, nos limitamos a citar la Real orden : 31 de diciembre de 1844 en cuanto obligaba a entregar al Gobierno el plan detallado del camino de hierro y de sus dependencias, los estados descriptivos de las obras y las actas de amojonamiento de las propiedades; el artículo 15 de la Ley de 3 de junio de 1855, a cuyo tenor, "al expirar el término de la concesión, adquirirá el Estado la línea concedida con todas sus dependencias, entrando en el goce completo del derecho de explotación", y el artículo 37 del Real decreto de 15 de febrero de 1856, que regula, con una ligera equivocación, la forma en que al expirar el término de la concesión ha de reemplazar el Gobierno a la Empresa en todos los derechos, propiedades, obras y material de explotación, remitiéndonos a los preceptos concordantes de la Ley general de 23 de noviembre de 1877 y Ley de Policía de la misma fecha.

Para determinar la naturaleza del derecho concedido a las Empresas se ha echado mano de conceptos clásicos (enfiteusis administrativa, usufructo temporal, arrendamiento público), ninguno de los cuales responde a las características de las concesiones modernas. Estamos más bien en presencia de un derecho de construir y explotar, nacido de un contrato celebrado con el Estado (*jure gestionis*), que se subordina en su desenvolvimiento al poder soberano (*jure imperii*), que del derecho público recibe autoridad, privilegios y protección, y que en la órbita del derecho privado puede ser calificado de derecho real inmobiliario.

En rigor, cada concesión debiera ser considerada como un objeto jurídico independiente, pero en la realidad las leyes, para racionalizar

los planes generales de Ferrocarriles, así como para evitar los efectos de las quiebras de Compañías, las caducidades o anulaciones, han favorecido la fusión de Empresas y concesiones sin graves empachos técnicos.

La Dirección General de los Registros avanzó, en el sentido de reputar a la concesión entidad inmobiliaria, más que ningún Centro del Estado al regular la inscripción¹ de los Ferrocarriles sobre la base de la escritura notarial de adjudicación, con arreglo al artículo 21 de la Ley fundamental y a la Real orden de 16 de febrero de 1892, distinguiendo la inscripción primordial que comprende el camino de hierro (o sea los derechos, fincas, obras, estaciones y almacenes que forman normalmente la misma concesión) de las inscripciones particulares relativas a fincas, huertas, terrenos y parcelas que no sean necesarios para la explotación o que el Ministerio competente hubiere declarado sobrantes por resultado de las variaciones aprobadas.

La inscripción principal que funde la concesión administrativa con las obras ejecutadas, es un reflejo de la unidad ferroviaria que acredita el derecho real correspondiente a la Empresa y sirve de soporte a los gravámenes hipotecarios. Frente a este concepto, admitido por el Real decreto de 28 de junio de 1928, e indudablemente derivado de la técnica jurídica alemana (*Bahneinheit*), resultan raquílicos e infecundos los de usufructo, enfiteusis o arrendamiento, con lo que es imposible explicar la potencialidad de la concesión. Ya en los primeros años de la explotación ferroviaria española aparecía como indiscutible que los caminos de hierro se hallan constantemente en régimen de transformación, tanto en lo que se refiere a la vía y material fijo, como en lo tocante a locomotoras, vagones, accesorios y, en fin, a la explotación, tráfico y movimiento. Todas las grandes Compañías, después del primer período de construcción y del subsiguiente de explotación, han entrado en un período de innovación para aumentar las velocidades, disminuir los riesgos, multiplicar los trenes, mejorar los servicios y mantenerse a la altura de los progresos industriales.

II

GRAVÁMENES HIPOTECARIOS

Delineada la figura jurídica de la concesión ferroviaria, entraremos ahora en el examen de los gravámenes hipotecarios que la afectan, desde un punto de vista general e hipotético, porque el problema con-

creto sólo puede ser atacado teniendo presentes las escrituras de constitución y el certificado del Registro de la Propiedad correspondiente.

Por de pronto, el artículo 48 de la Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855 faculta a las Compañías para solicitar del Gobierno la autorización de contraer empréstitos con la hipoteca de los rendimientos, si querían hacer efectiva la tercera parte del capital no suscrita, añadiendo que, en este caso, la autorización podía comprender la facultad de emitir cédulas u obligaciones hipotecarias de interés fijo y amortizables dentro del período de la concesión, en los años que en aquélla se determine, y el artículo 7.^o de la Ley de 11 de julio de 1856 preceptúa igualmente que "las Sociedades de Ferrocarriles . podían también emitir obligaciones al portador con interés fijo y amortización determinada dentro del período de la concesión, con hipoteca de las obras y rendimientos del ferrocarril a cuya construcción o explotación se destina". Estas obligaciones, cuya emisión limitaron las leyes de 11 de julio de 1860 y 29 de enero de 1862, podían servir para pagar el precio de otro ferrocarril.

Después de recordar estos precedentes, la Ley de 2-12 de noviembre de 1869 dice en su artículo 2.^o: "Los cupones vencidos de las obligaciones hipotecarias y las obligaciones a que haya cabido la suerte de amortización, tendrán aparejada ejecución, previo el reconocimiento talonario, cuyo trámite se omitirá si, hecho un requerimiento de pago a parte legítima, no hubiesen sido protestados de falsedad." Pero en lugar de mantener la estrecha unión de Compañías, concesiones, bienes y gravámenes, la Ley, que prohíbe en su artículo 3.^o el despacho y traba la ejecución en las vías férreas abiertas al servicio público y en sus elementos esenciales o integrantes, así como en el artículo 4.^o declara que los acreedores tendrán por garantía los rendimientos líquidos y el producto de la venta de las obras, admite en su artículo 5.^o la existencia de un patrimonio separado en los siguientes términos: "Responden también de las deudas de la Compañía y quedan sujetos a embargo los demás bienes que aquélla posea, si no forman parte del camino o no son necesarios al movimiento y explotación del mismo."

Sin perjuicio de estudiar con más detenimiento el llamado patrimonio particular de las Compañías ferroviarias, indicaremos aquí que los preceptos citados responden al carácter accesorio de la hipoteca en el Derecho español y a lo dispuesto en el artículo 1.120 del Código de Comercio de 1829, que decía textualmente: "Cuando los acreedo-

res hipotecarios no queden cubiertos de sus créditos con los bienes que les estuvieren respectivamente hipotecados, serán considerados en cuanto al exceso como acreedores escriturarios."

Frente a estos argumentos capitales, poco valen las consideraciones que pudieran aducirse exagerando la naturaleza real de las cédulas para dejar a la sombra la obligación personal, reforzando la unión jurídica de concesión e hipoteca para limitar la extensión del gravamen, poniendo de relieve el carácter objetivo, absoluto e independiente del título-valor para prescindir de las personas interesadas, o recogiendo los precedentes de la subrogación o colocación de otro propietario en el lugar del hipotecante para desvanecer la responsabilidad de éste. En el fondo, siempre nos encontramos con dos series de preceptos contradictorios de la limitación: los derivados de la accesoriedad de la hipoteca, incompatible radicalmente con la deuda hipotecaria sin deudor (*Grundschuld*), y los reguladores de la responsabilidad patrimonial sintetizados en el artículo 1.911 del Código civil: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros."

En resumen: el derecho de construir y explotar contenido en la concesión administrativa, así como las obras y bienes que la integran, pueden ser gravados con hipotecas en favor de los futuros portadores de las obligaciones. No se tratará de un gravamen sobre los ingresos, la explotación, el usufructo o el dominio útil, sino sobre el derecho real de concesión y cuantos privilegios, facultades, derechos y bienes lo integran o sean necesarios para su desarrollo.

III

PATRIMONIO PRIVADO

Pero ¿no puede admitirse que al lado de patrimonio *concesional* (si el término se permite) subsista otro particular de la Compañía que goce de una especie de beneficio de separación en cuanto los respectivos bienes y derechos no sean necesarios para la explotación?

A pesar de que cuando se planeaban los ferrocarriles españoles había ya principiado en Francia la discusión sobre el rescate y apenas se aludía a los vastos talleres en que las Compañías fabricaban "les engins qui leur sont nécessaires", en nuestra Patria aparece la distinción de patrimonios desde el primer instante, y la Real orden de 26 de

febrero de 1867, dictada a instancia del gerente del ferrocarril de Alarcón Santander para resolver las diferentes dudas que en la práctica presentaba la inscripción en los Registros de las concesiones y de sus gravámenes, separa en su artículo 5.º las obras que constituyan parte integrante del camino de hierro, como necesarias para su existencia y explotación, de los demás edificios y construcciones, así como las huertas, jardines, montes, plantíos y cualesquiera otras fincas rústicas o urbanas y derechos reales anejos a los ferrocarriles que sean del dominio particular de las Compañías concesionarias, a las cuales podría extenderse la responsabilidad hipotecaria con arreglo al artículo 8.º Para ajustar estas disposiciones al número 6 del artículo 107 de la primitiva ley Hipotecaria, que permitía la hipoteca de ferrocarriles, se añadió: "y los edificios o terrenos que no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras"; y la ley, mientras dejaba pendiente la hipoteca del ferrocarril de la resolución del derecho del concesionario, daba a entender que la de los bienes particulares no tenía esa restricción.

Sin desviarse de estos precedentes, el Código de Comercio de 1885 declara en el artículo 190 que la acción ejecutiva sólo podrá dirigirse contra los rendimientos líquidos que obtenga la Compañía y contra los demás bienes que la misma posea no formando parte del camino o de la obra, ni siendo necesarios para la explotación, y en el 192 concede a los acreedores, cuando caduque la concesión, idéntica garantía.

Con mayor precisión técnica, el preámbulo del citado Real decreto de 27 de junio de 1918 distingue la inscripción relativa a la unidad ferroviaria que en Prusia (leyes de 19 de agosto de 1895 y 11 de junio de 1902) se practica en un Registro especial, de la inscripción corriente, que describe las fincas o derechos con arreglo a las normas generales, y declara que en nuestra legislación se hallan amparados por la inscripción principal, no sólo las fincas particularmente descritas, como sujetas a la concesión, sino también cuantos predios u obras integren la vía férrea.

Por interesantes que sean estas declaraciones, todavía lo son más, para el objeto ahora discutido, los párrafos en que se afirma que los terrenos o parcelas sobrantes del ferrocarril que oportunamente se declare no ser necesarios para su explotación, deben ser inscritos especial y separadamente, y que la inscripción de una finca a favor de una

Empresa o Compañía de ferrocarriles con el carácter de propiedad no revertible al Estado equivale a autorizar a la misma para que la enajene o grave con toda libertad, reputando absurdo el que aparezcan sujetas a una hipoteca constituida por la Compañía y gravadas con la totalidad del crédito fincas que han pasado al dominio particular y sido inscritas como libres en hoja especial.

De todo ello se deducen las siguientes conclusiones:

- a) Es innegable que desde el primer momento se creó al lado del conjunto de bienes y derechos que integran la concesión como unidad económica indivisible un patrimonio particular no reversible al Estado.
- b) La hipoteca en garantía de obligaciones gravaba directamente a la concesión y podía también ser constituida sobre los bienes no sujetos a reversión.
- c) Los bienes no incluidos en la concesión podían ser enajenados libremente; pero mientras formasen parte del patrimonio particular de la Compañía, respondían de las deudas hipotecarias que no pudieran hacerse efectivas sobre la línea férrea, así como de las demás obligaciones contraídas por aquélla.

IV

RESERVAS VOLUNTARIAS

Relacionado íntimamente con el anterior problema se presenta, sin embargo, otro de suma importancia que nace, más bien que del Registro inmobiliario, del régimen de las Sociedades anónimas y de la forma en que la gestión económica de las Empresas se refleja en su contabilidad, especialmente en los balances reglamentariamente aprobados.

A pesar de que las Sociedades anónimas, como entidades comerciales, persiguen un fin lucrativo, y que los accionistas parecen estar autorizados para exigir la distribución íntegra de los beneficios anuales, se ha ido introduciendo en su régimen, por espíritu de previsión y en atención a los intereses de la Sociedad, de sus acreedores y de los terceros, la práctica de separar de los beneficios un fondo de reserva, matizado poco a poco por las más variadas finalidades: cubrir pérdidas extraordinarias, compensar los años malos con los buenos, proveer a necesidades urgentes, robustecer el crédito social, atender al desenvolvimiento creciente de los negocios, reponer el "utilaje", autofinanciar

las propias empresas, neutralizar las oscilaciones de precios, hacer frente a las crisis económicas, regularizar los dividendos, obviar la caducidad de una explotación, mejorar las condiciones de trabajo y el porvenir de los empleados.

Nuestras leyes sobre el particular son deficientísimas; mas en la vida comercial los estatutos contienen algunas cláusulas que las suplen y los Tribunales dejan muy pronto de pegarse a la letra de las escrituras sociales para revalidar los acuerdos de las juntas generales que, apoyados en cualquier autorización implícita o presunta, creen reservas especiales. Las cantidades o medios económicos que las integran, confundidos en los balances con los elementos del activo, se reflejan, por regla general, en los asientos del pasivo que tienden inmediatamente a limitar los beneficios y la distribución del dividendo. Pero son muchos los casos en que las masas patrimoniales que pueden lanzarse al combate, ser utilizadas en apoyo de créditos o servir para satisfacer necesidades imprevistas, no se hallan contrapesadas en el pasivo por asientos de orden y aparecen en el activo representadas por cifras convencionales o mínimas, por valoraciones castigadas o por conceptos vagos que no dejan ver las sólidas bases del negocio; entonces se habla de reservas secretas, ocultas, disimuladas, internas o tácitas. Los ferrocarriles españoles han tenido forzosamente que acumular estas reservas, entre otras causas por la necesidad de seguir *pari passu* los adelantos técnicos, por la acción constante de los Gobiernos celosos de mejorar el tráfico, por la irremediable baja del poder adquisitivo de la moneda y el aumento de la mano de obra, y por las dificultades que los concessionarios de servicios públicos han de encontrar al revalorizar los edificios, vías, terrenos y material móvil.

Dejando, no obstante, a un lado estos aspectos del problema de reversión, vamos a concretarnos al carácter y trascendencia de las reservas voluntarias expresamente constituidas por la Compañía de los Caminos de Hierro del Norte.

Desde el momento en que una reserva aparece en el pasivo deja, en cierto modo, libres y destinados a una finalidad más o menos precisa, según los términos empleados en el mismo balance o en las memorias, informes o acuerdos que le hayan precedido o confirmado, las disponibilidades en caja, los valores en cartera, las mercancías fácilmente realizables que se hallen en almacén o los saldos activos de las cuentas corrientes; pero aunque no existan tales partidas, los fondos llamados

de reserva viven sobre los bienes encadenados a la explotación o sobre los derechos inalienables, afectando a todos los elementos que constituyen el Haber social en formas distintas. Unas veces esta *afección* se traducirá en deberes del Consejo o de los órganos competentes que han de cumplir como mandatarios o representantes los fines perseguidos; otras creará privilegios a favor de las personas que contratan con la Sociedad; en ocasiones establecerá un derecho real correspondiente a terceros, y, en fin, habrá situaciones en que la reserva constituirá un patrimonio separado, al que podrá dotarse de personalidad jurídica.

Nuestro Código de Comercio concede en el artículo 208 una garantía privilegiada a las cédulas hipotecarias sobre los créditos y préstamos del Banco que las haya emitido, y en los artículos 587 y 590 crea un verdadero patrimonio marítimo, independiente del particular de los navieros. Es decir, que los bienes y derechos que integran un activo no sólo pueden ser sujetados al cumplimiento de una obligación por medio de la hipoteca o prenda sobre ellos constituida, sino que pueden ser encerrados en *compartimientos estancos* a donde no llega inmediatamente el flujo de las deudas ordinarias. Este resultado se obtiene ahora con la llamada materialización, individualización o especificación de reservas en el activo, cuya legitimidad ha sido atacada por la *Revue Technique et Administrative des Sociétés Anonymes* y por la *Revue Pratique des Sociétés* antes de la primera guerra mundial, partiendo de las siguientes consideraciones:

- a) La reserva, respecto de los accionistas, es un ahorro destinado a la reproducción, un nuevo capital que no se consume como los beneficios.
- b) El legislador ha querido mantener siempre incólume el capital, creando al lado del estatutario un suplemento que aumente las garantías sociales.
- c) En el activo del balance existe una serie de valores que en su conjunto equilibran las deudas y partidas que figuran en el *pasivo*.
- d) De igual modo que el capital-acciones que encabeza el pasivo no está acantonado en ningún asiento del activo, las reservas se reparten sobre todos ellos.
- e) Las cantidades aportadas por los socios se transforman en inmuebles, material, cartera, etc., y no hay razón para no dar igual trato a las cantidades a que ascienden las reservas anuales.
- f) El interés social impone la valorización, explotación y transformación de las riquezas dentro del marco social; no que se mantenga

gan inactivas en la caja o con mezquino rendimiento en la cartera.

Hay que convenir en que dicha argumentación, desenvuelta cuando ya la Compañía del Norte y las que intentaban formar un fondo de amortización de las propias acciones reflejaba en el activo de sus balances la afección especial de ciertos bienes, respondía a un criterio anticuado. Es más: el mismo Estado consagra la figura jurídica no sólo en los precedentes extractados y en los Decretos que vamos a examinar, sino también en la reciente ley de liquidación con el Banco de España, cuyo artículo 9.º autoriza al Ministerio de Hacienda para disponer que el importe de la amortización anual de la Deuda especial creada "sea materializado en el activo del balance del Banco en determinados bienes, valores o especies que quedarán afectos, de un modo especial a la garantía de la circulación fiduciaria".

La misma jurisprudencia francesa, que en el célebre procedimiento de quiebra del "Comptoir d'Escompte" había resuelto que los fondos de la caja de previsión constituida por medio de *prélevements sur les bénéfices*, eran propiedad de los accionistas, y que los empleados carecían de acción directa sobre aquéllos, se vió corregida por la ley de 27 de diciembre de 1895, que confirió a los beneficiarios el derecho de reclamar la restitución de todas las sumas no utilizadas conforme a los estatutos y creó, por un lado, una verdadera prenda sobre las sumas o valores ingresados en las cajas, y por otro, un privilegio para recobrar los retenidos o afectos a los fines previsores.

Todavía en la décima edición de los comentarios de Staub al artículo 262 del Código de Comercio alemán, publicada en 1920, se contesta a la pregunta de si es recomendable el empleo de las grandes sumas reservadas en valores sometidos a una administración especial y separada de los negocios sociales, que la cuestión depende de los órganos de gestión y que en las Compañías industriales esta congelación contradice a los intereses básicos, que necesitan poner en juego toda la potencialidad utilizable; pero que en el caso de que se hubieran colocado los fondos en papel de renta, los intereses tienen el carácter de beneficio e ingresan en la masa general, sin que sea lícito sentar en el activo la indicación "valores del fondo de reserva". Por esto, la expresión "fondos de reserva", que induce a creer que los valores correspondientes forman una masa patrimonial independiente y segura, ha sido acerbamente criticada, y en su lugar se habla de la cuenta de reservas o del beneficio colocado a retaguardia (Rücklage).

Frente a estas afirmaciones que Cosack, Staub y Alterthum parecen generalizar a toda clase de reservas, Pinner y Warchauer preconizaban a principios de siglo la colocación segura y la administración separada de las estatutarias, y no sólo muchos autores reconocen las facultades de la Sociedad para cubrir los más variados fines, sino que algunos (Simón, Ring) llegan a admitir que los excedentes de la reserva legal pueden ser destinados a otros fines y aun ser adjudicados a los accionistas, caso de quiebra de la Sociedad.

En un folleto publicado en 1902, con motivo del asunto del Banco de Leipzig (Aktionar und Gläubiger im ffonkurse der Aktiengesellschaft), sostenía Burckas que los fondos materializados de las reservas pertenecían a los accionistas y que las pérdidas de que debieran responder eran las que por supervvaloración del activo estaban ocultas en el Balance, pero no las que por accidentes o negocios desgraciados se produjeran en lo futuro. En el *Deutsche Juristen Zeitung* (VII-528) replicó Goldstein que, aun cuando las reservas excedieran al tipo legal o los accionistas estuvieran facultados para variar los Estatutos y repartirse las cantidades reservadas, una vez abierto el concurso de acreedores, hay que mantener la integridad del capital a todo trance. Si la ley no concede derecho al accionista para cobrar dividendo, caso de que haya pérdidas en el Balance anual, tampoco se lo ha de conceder para distribuirse los fondos reservados cuando los acreedores no encuentran bienes sobre los cuales puedan hacer efectivos sus derechos. "La masa—concluye—sirve ante todo para satisfacer las deudas sociales."

Desde entonces, sin embargo, no ha progresado mucho la doctrina, y en los comentaristas de la recién aprobada Ley de Sociedades anónimas (30 de enero de 1937) tan sólo encontramos, al desenvolver los artículos 130 y 131, afirmaciones tan anodinas como las siguientes: "No está prescrito que la parte del patrimonio social correspondiente al importe de las reservas deba ser constituida y administrada separadamente" (Schlegelberger. Quassonwski . , pág. 575, 2.^a edición). "La reserva libre puede ser afectada a fines específicos, como a la realización de gastos extraordinarios, cobertura de pérdidas imprevisibles, complemento de dividendos, fines de sostenimiento o constructivos, fondos de pensión, etc " (Ibídem, pág. 596).

Tampoco las modificaciones introducidas en el Código de obligaciones suizo en 12 de diciembre de 1936 abren el campo a las conge-

laciones de reservas en el activo de las Sociedades anónimas, pues el artículo 668, que reconoce la existencia de fondos especiales de reserva, amortización, renovación y beneficencia, preceptúa que deben figurar en el pasivo, y únicamente el artículo 673, al regular la constitución de fondos de beneficencia en provecho de empleados y obreros, dice a la letra. "Si hay bienes afectados de un modo manifiesto a fines benéficos, deben ser detraídos de los bienes sociales y convertidos en una fundación."

V

LAS ACCIONES DE GOCE (O GRACIA)

De grandes analogías con la cuestión aquí discutida es la que con apasionamiento han tratado en estos últimos años los mercantilistas franceses al comprobar la práctica notarial sobre la creación de las *actions de jouissance*, o sea los títulos beneficiarios que, en el supuesto de amortización de acciones por sorteo, se otorgaban a los antiguos titulares de éstas.

Todos estaban conformes en que ciertas grandes empresas, concesionarias de obras públicas, por no ser propietarias de los bienes que poseen y en los que han invertido sus aportaciones, ven el capital social disminuirse paulatinamente, al paso que la obligación de restituir crece en intensidad a medida que el término de la concesión se aproxima. De aquí la conveniencia y la legitimidad de consagrarse una *parte de los beneficios* realizados a la amortización de los valores absorbidos (los cuales, al final, cesarán de pertenecer a la Sociedad); *parte de beneficios* que constituirá para el accionista una compensación justa de las aportaciones realizadas. La dificultad, que parece invencible, está en que el capital social que, en cuanto a la concesión caduca o revierte, se reduce a cero, tampoco se halla integrado por los fondos de reserva o amortización, y los acreedores se quedan sin garantía.

Thaller, con referencia a los ferrocarriles (*Journal des Sociétés*, 1906, 481), viene a confesar que el capital no queda intacto, pero que hay en la figura una especie de préstamo hecho por la Sociedad Anónima a los accionistas favorecidos por la suerte.

M. María no ve inconveniente en transformar las acciones principales en acciones que no llama de goce, sino en *jouissance*. M. Bouvier Baugillon admite que la Sociedad compre, en estos casos, sus propias acciones y que los obligacionistas sean agraciados con el privilegio de

no-reponer en el supuesto de insolvencia de la Sociedad. Valery sostiene que hay aquí algo parecido a los efectos que produce el anticipo de legítimas en el Derecho sucesorio: los accionistas acaso se vean en la precisión de acudir con sus recursos a saldar las deudas de la Sociedad cuando los fondos de ésta sean insuficientes; pero los acreedores no tendrán en tal hipótesis acción directa contra los favorecidos por la amortización.

La irregularidad de las *actions de jouissances*, concluye Couper Royer (*Traité des Sociétés Anonymes*, II-558) es flagrante: hay que mantener intacto el capital o incurrir en una distribución incorrecta, puesto que los acreedores tiene derecho a impugnar la operación *comme portant, atteinte à leur gage*.

Sin embargo, el artículo 88 de la ley de 13 de julio de 1925, que grava las amortizaciones, sin discutir su legitimidad, exceptúa del impuesto precisamente a las Sociedades concesionarias de obras públicas, por el carácter precario de la explotación.

El problema ha sido resuelto en España por las sentencias que el Tribunal Supremo dictó en 22 de febrero de 1910 y 30 de octubre de 1918, la última de las cuales llega a admitir la posibilidad de que por mayoría de votos se reformen los Estatutos sociales para convertir en acciones *de gracia* aquellas acciones de capital que resultaban amortizadas con los beneficios obtenidos, y, en cambio, no admite que la Sociedad se halle facultada para negar a dichas acciones de gracia su derecho a intervenir en toda clase de juntas y en la administración, porque estas decisiones hieren en su raíz la naturaleza de las acciones de toda Sociedad anónima, al privarlas del más esencial de sus derechos.

Por otra parte, la Sala de lo Contencioso-administrativo del mismo alto Tribunal aproxima para los efectos contributivos las reservas y los beneficios, afirmando que el derecho del Estado no depende en este punto de que los partícipes en las ganancias de la Empresa hagan efectivos los beneficios correspondientes, sino de que para ellos haya habido posibilidad de percibirlos, y ello, aunque ulteriormente renuncien al cobro por decidir la formación de una reserva voluntaria (sentencia 24 de octubre de 1932, que confirma las de 26 de octubre de 1925, 21 de febrero de 1927 y 14 de febrero y 23 de noviembre de 1929).

JERÓNIMO GONZÁLEZ

(Concluirá en el número próximo.)

¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo? (*)

La adopción en el Código civil vigente, ¿es un contrato?—La adopción administrativa: El prohijamiento.—La adopción durante la guerra de Liberación.—Disposiciones vigentes.

II

b) LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE, ¿ES UN CONTRATO?

Habla el Código, pues, de una obligación, y ésta ha sido pactada; su fuente no puede ser otra que el contrato; con lo que hemos de concluir en que la adopción es un contrato, y sus efectos en todos los órdenes, pero especialmente en el sucesorio, consecuencia de ello. Pero ante consideración tan lógica y clara se levanta un muro casi infranqueable en el terreno legal, y este muro es el que forma con su doctrina el artículo 1.271 del Código civil, al prohibir toda clase de pactos sucesorios de carácter contractual que no sean los que tengan por objeto practicar entre vivos la división de una herencia, de acuerdo con lo que se determina en el 1.056.

Doctrina que persiste y se complementa por otras disposiciones tendentes al mismo objeto, como son el art. 658 del mismo Cuerpo legal, que dispone de un modo claro y terminante no haber más modos de deferirse una herencia que el testamento y la Ley; el 991, que prohíbe renunciar de antemano, y sin estar cierto de la muerte del causante, la herencia que de éste provenga, y en igual sentido aceptarla; el 1.674, en cuanto a los bienes futuros que los socios puedan adquirir después de firmado el contrato social, y el 635, estableciendo idéntica prohibición por lo que a la donación se refiere.

(*) Conclusión. Véase el número anterior.

Todos ellos consecuentes, eso sí, con la idea romana de todo punto contraria al espíritu contractual dentro del Derecho sucesorio (1), según la máxima de Giorgi sacada de esos textos, "que las herencias deben caminar por vía de testamento y de sucesión legítima, pero nunca por la de los contratos" (2).

Ahora bien: ¿es ese precepto intangible en nuestro Derecho?

Voces más autorizadas que la nuestra se han alzado ya señalando las múltiples excepciones que en nuestra doctrina existen a tal prohibición.

De todos es conocido el carácter germano de nuestros derechos forales, donde siempre han sido bien vistos estos pactos, y de todos es sabido también que los legisladores españoles, deseosos de llegar a una armonía, transigieron en multitud de instituciones traídas de estas regiones o creadas de un modo ecléctico. Recuérdese a este propósito, entre otros, el art. 826, cuando dice: "La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida. La disposición del testador contraria a la promesa, no producirá efecto"; y véase si esto no constituye una estipulación sobre herencia futura, que, aunque limitada por la forma y cantidad, hay que proclamar como un caso de sucesión contractual y, por lo tanto, como excepción a la regla general del Código.

En igual sentido, los artículos 825 y 827.

Del primero se deduce la facultad de mejorar por contrato entre vivos a los herederos forzados.

En el segundo se consigna la irrevocabilidad de la mejora, siempre que ésta fuera concedida en capitulaciones matrimoniales o por contrato, oneroso celebrado con un tercero.

¿Y qué son sino, también, excepciones a este principio los preceptos del art. 831, que permite pactar en las capitulaciones matrimoniales la autorización al cónyuge supérstite para que distribuya los bienes del premuerto?... ¿El 1.331, al determinar que los esposos puedan donarse, en las capitulaciones matrimoniales, bienes para después de su muerte?... ¿Y qué decir del contrato particional que el Código con-

(1) Las Partidas, al reproducir el Derecho Romano en este punto, prohíben el pacto de sucesión recíproca en la Ley 33, tit. 11, Partida V; y las estipulaciones sobre herencia futura en la Ley 1.^a, tit. 11, Partida VI. Ambas prohibiciones por tener la convención en tal sentido hecha, causa ilícita y ser contraria a la moral y buenas costumbres.

(2) Giorgi: *Teoria delle obligazioni*. Firenze, V, III.

signa claramente en su art 1.056 y que hoy tanto interesa a nuestros civilistas?.

Ahí está de un modo claro y rotundo, con la cita de sus disposiciones, echada por tierra la doctrina prohibicionista, que nos hacen ver de un modo evidente que los preceptos del art. 177, aunque faltos de vida dentro del título y de la sistemática del Código, no son un caso aislado y esporádico, sino que corresponden a una realidad tangible de Derecho positivo español. Realidad que no es conveniente desconocer y a la cual es preciso buscar salida práctica, huyendo lo mismo de las negativas rotundas que de los eufóricismos ligeros de algunos autores y Tribunales. Sin creer jamás que de la promesa hecha en la escritura de adopción se derive un derecho hereditario en el puro concepto de esta palabra, ya que, a nuestro juicio, la sucesión tiene sus normas propias e independientes, marcándose un criterio cerrado por el legislador no sólo al señalar el límite de la intestada en el cuarto grado, sino también, por el sistema de legítimas y otros preceptos que encasillan, pudiéramos decir, ésta. Por eso no estamos de acuerdo con los que piensan que de la escritura de adopción surge un llamamiento condicional a la sucesión del adoptante; pues, como ya sostuvo eloquentemente el Sr. Comas en su célebre libro *La revisión del Código civil*, y por lo que a la sucesión intestada se refiere, el Código, al tratar de esta sucesión, "se pronuncia contra semejante derecho, no sólo dejando de señalar al adoptado lugar alguno en el orden de suceder *ab intestato*, sino escalonando en dicho orden de un modo riguroso a los que llama a semejante sucesión". ¿Cabrá quizá suponer—pregunta—que aquella obligación de instituir heredero al adoptado excluya en absoluto la sucesión *ab intestato* del adoptante, siendo así que los mencionados términos de dicho título solamente la consignan como condición para poder heredar fuera de testamento, y, por consiguiente, mediante la expresada sucesión? ¿Podrá siquiera imaginarse que ésta haya de tener lugar sin observar en ella los llamamientos de la Ley, excluyéndolos en favor del adoptado para que éste herede *ab intestato* contra el derecho a heredar que asiste a los hijos y descendientes legítimos, a los ascendientes y a los demás hijos y parientes, llamados expresamente en dicha sucesión?

Los razonamientos de tan ilustre catedrático no dejan lugar a dudas en este punto. En cambio, la conclusión que de todo ello saca le lleva más lejos de lo debido, y éste es, precisamente, el otro extremo que

debemos evitar: las consecuencias negativas y carencia de efectos en el orden sucesorio que la meditación y estudio del tan repetido artículo 177 le sugiere al decir, achacando al Código el grave pecado de haber abandonado un criterio constante de nuestro Derecho y sustituido "a la acción de la Ley la peculiar de la voluntad respecto al derecho del adoptado para suceder al adoptante", que ese artículo "ha desnaturalizado la adopción, sin reparar siquiera que, aun acudiendo a la voluntad para la determinación de aquel derecho sucesorio, sólo venía a consignarlo de un modo ilusorio, y autorizando, por otra parte, a contraer una obligación enteramente desprovista de todo efecto legal". Admirándose de "tanta complicación para que al fin ni haya realmente obligación ni se origine tampoco derecho alguno a heredar".

Este razonamiento le lleva a sacar la consecuencia de que hubiera sido preferible que el Código, siguiendo el ejemplo del proyecto de 1851, "hubiera pronunciado, sin excepción alguna, la negación de semejante derecho". De este modo—dice—se hubiera evitado "el consentido de contraer una obligación que a nada obliga"; el que esto se "convierta en pretexto para despertar esperanzas ilusorias"; "en ocasión de engaño para los que, a semejanza de los jueces, hayan de apreciar la conveniencia de la adopción", y "en motivo de cuestiones y de pleitos para el adoptado, que confiado en la declaración de la Ley y en el compromiso u obligación formalizados en la escritura de adopción, trate de hacer efectivo el derecho prevenido en la referida declaración legal, sin que encuentre medio o forma de conseguir en virtud del mismo la menor utilidad".

Ante esos dos extremos opuestos que hemos señalado, indicamos nuestro deseo de hallar una salida en la práctica a problema tan oscuro. Y en esta idea hemos caminado desde el comienzo de este trabajo. Por eso lo iniciamos con un ligero estudio histórico de la institución, para sacar de él consecuencias que reforzaran nuestro punto de vista, lo encajamos dentro del campo de la contratación, y procurando eliminar los enormes obstáculos que se oponían a tal intento, vamos a concluirlo estudiando sus efectos y desenvolvimiento.

A desarrollar esta última parte hemos de dedicar unas líneas, procurando ser parcios en palabras para no hacerlo demasiado pesado y fatigoso.

La irrevocabilidad de la adopción es una consecuencia del acto contractual que la engendró y que apenas ha sido negada. M. Scaevola,

apoyándose en la facultad que el artículo 180 concede a los menores e incapaces, la sostiene paladinamente. Las excepciones que a tal principio encuentra confirman la regla; pero a nosotros nos parece más oportuno hablar de rescisión, y apoyamos nuestra tesis en el Código alemán, tan pródigo, minucioso y detallista en esta clase de contratos, que la concede, entre otras causas, "por haberse hecho culpable el beneficiario de ciertas faltas", doctrina que no puede menos de ser aplicada, ya que constituye un verdadero principio del Derecho, admitiendo la revocación como efecto contrario al principio de irrevocabilidad. Y estas excepciones son las que nosotros queríamos traer a colación al iniciar nuestro trabajo con el epígrafe que lo encabeza.

Y a tal efecto pregunta aquel autor, recordando las causas de desheredación en la familia natural, si "producirá sus efectos la adopción en el caso de que el adoptado atente contra la vida del adoptante o éste contra la del adoptado o su pudor". ¿No serán éstas justas causas—continúa la pregunta—para destruir la adopción, y otras muchas que pudieran presentarse?

Contestando el mismo eminentísimo autor a tal interrogatorio que, a su entender, lo son, "no obstante el mutismo de efigie del Código, y opinamos—añade—que alegadas ante los Tribunales y probadas plenamente, no habrá juez que repudie el fallo justo por oscuridad o insuficiencia de la Ley".

Y en cuanto al desenvolvimiento en sus relaciones mutuas del contrato de adopción, es preciso tener muy en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil, donde dice "que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también *a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*".

Si la adopción imita en parte a la paternidad, la naturaleza y causa del contrato será un reflejo de las obligaciones que la misma impone a los padres e hijos naturales, y al separarse de ellas el padre o el hijo adoptivo, ¿no será un caso de incumplimiento, conforme al precepto indicado?

Y no digamos nada si el incumplimiento es de algo que se pactó: por ejemplo, el compromiso sucesorio establecido en la escritura.

En ambos casos nos parece oportuno el ejercicio de la acción resolutoria por quien cumplió en todo momento lo pactado.

Con esto creemos dar una salida consecuente en un todo con sus principios, tal y como se ha establecido en el vigente Código, a materia que tanto ha preocupado a nuestros jueces y tratadistas.

Y por lo que a la sucesión intestada se refiere, mejor que encasillar al hijo adoptivo y darle un lugar en el título correspondiente después de los hijos naturales, por presunciones más o menos fundadas, como hacen algunos autores de un modo enteramente gratuito y sin considerar para nada el elocuente silencio del Código sobre este particular, silencio que es preciso interpretar en sentido negativo, ya que significa cambio completo de la institución, será preferible estar y pasar ante cada caso concreto que en la práctica se presente por lo que las partes quisieran al contraer ese vínculo voluntario, aplicando en caso de duda de sus cláusulas u oscuridad de las mismas las reglas de interpretación que el Código civil determina en su capítulo IV, título II del libro IV, arts. 1.281 y siguientes.

Y para que no se crean infundadas estas opiniones, vamos a transcribir, para concluir esta parte, los razonamientos con que en sus considerandos aplica esta tesis la sentencia que en el asunto ya indicado en páginas anteriores dicta la Audiencia, sentando una verdadera y plausible doctrina que el Tribunal Supremo no supo aprovechar.

Dice así, entre otras cosas y por lo que al punto de la sucesión de la hija adoptada se refiere: "Que el Código civil determina puede heredar fuera de testamento únicamente cuando así ha sido hecho constar en la escritura; y si es así, el Código otorga eficacia legal a la voluntad del adoptante que en la escritura de adopción se haya obligado válidamente a instituir heredero al hijo adoptivo, y sanciona en forma el derecho en favor del mismo establecido, revistiéndolo de efectividad real, aun en el supuesto de que falleciera el adoptante sin ordenar su disposición testamentaria, si bien limitado siempre ese derecho hereditario a los términos privativos en que aquél dejó condicionado su verdadero alcance . "

"Considerando que procede, en su consecuencia, declarar el derecho que asiste a la adoptada para suceder fuera de testamento y exclusivamente en la porción de bienes que le fué reconocida en la escritura de adopción de fecha . a reserva de los derechos que correspondan a la viuda del adoptante."

Este es, pues, a nuestro juicio, el significado y alcance del art. 177, referente a materia tan oscura e inútil.

III

LA ADOPCIÓN ADMINISTRATIVA: EL PROHIJAMIENTO

Al lado de esta adopción mutilada y contrahecha, se alza pujante y majestuoso el prohijamiento, con sus disposiciones, que datan de tiempo inmemorial, que no han sido, ni podían serlo, derogadas por el Código civil. A su estudio, y para que la materia quede completa, vamos a dedicar unas páginas.

Refiere M. Scaevela en su citada obra, con esa prolijidad de antecedentes que le es característica, que ya las Leyes de Partida se preocuparon de la adopción de aquellos que por su oscuro nacimiento y falta de familia más la necesitaban; nos referimos a los expósitos, exponente vivo de lacras de las que ninguna sociedad se ve libre.

Si antiguo es el mal, no menos el remedio, y desde que los Estados toman un tinte de civilización, es corriente que acudan con sus leyes a proteger a estos desgraciados. Y así, si bien esta protección no toma un carácter autónomo, sino que aparece mezclada en disposiciones de carácter más sustantivo, en la Real Cédula de 11 de diciembre de 1796, primera disposición que el indicado autor encuentra sobre la materia, ya busca en el fondo hallar una protección mayor, exigiendo requisitos distintos y cierta moralidad y decencia en el prohijante, con el objeto de beneficiar al desamparado, con lo que, a partir de esa fecha, ya va a caminar por sendero distinto para desembocar en el Derecho administrativo, donde se enmarcará de un modo propio al nacimiento de esta ciencia. La Ley de Beneficencia de 23 de enero de 1822, en sus artículos 65 al 70, es la que perfila de un modo claro e independiente la figura que estudiamos en cuanto a su forma y en cuanto a su fondo.

La doctrina que esta disposición sienta es recogida por el Reglamento de 14 de mayo de 1852, dictado para ejecución de la Ley de 20 de junio de 1849, que había organizado nuevamente la Beneficencia general.

En ellas se determina la facultad que se concede a las personas honradas para prohijar a los niños expósitos o abandonados a quienes no reclamen sus padres, otorgando atribuciones omnímodas, en este punto, a las Juntas Provinciales de Beneficencia.

Los efectos de esta adopción, tanto en el ámbito que estas disposiciones determinan como las que se dictan en lo sucesivo, no llegan más

que al formulismo administrativo, encaminado a extraer un niño y arrancarlo de la Institución benéfica, para tenerlo y cuidarlo dentro del seno de una familia honrada y con ciertos posibles económicos; es decir, simplemente de orden traslativo, pudiéramos decir, ya que en el orden civil hay que estar y pasar por lo que digan las leyes que regían entonces nuestro Derecho sustantivo.

Publicado el Código civil a sus efectos, en ese orden hay que atenerse, con lo que caemos en los mismos inconvenientes que ya señalamos al tratar de la adopción en este Cuerpo legal. Esto es, a lo que los contratantes digan en la escritura de adopción y en ella determinen; pero como resulta que por su elevado coste y relativas molestias, ya señalábamos que había caído casi en desuso, ocurrirá, la mayor parte de las veces, que los interesados, gente modesta por regla general, no llenen otros requisitos que los puramente administrativos; y entonces, después de los desvelos sufridos, tal vez privaciones, al criar el niño, educarlo y, posiblemente, darle una carrera o un modo decoroso de ganarse la vida, ¿qué derechos tendrán sobre él sus padres adoptivos? ¿Podrá ser su amparo en el día de "mañana", como ellos lo han sido durante su infancia y desamparo? ¿Y si, ya hombre de provecho, lo reclaman sus padres?

Porque esta disposición sienta en el art. 25 el derecho que los padres naturales tienen a reclamarlo mediante la intervención de la Junta de Beneficencia, que, de acuerdo con el prohijante, establecerá la indemnización que a éste le corresponde por los gastos que haya realizado con el expósito durante su crianza. ¿Pero esto es suficiente?

Mejor que contestar a las preguntas que anteceden, valiéndonos de afirmaciones más o menos fundadas, creemos de mayor utilidad para el lector extractar y poner en su conocimiento dos sentencias, cada una por su estilo, de las pocas que sobre este particular se han dictado, muy interesantes, ya que sientan de un modo claro los derechos que de esta adopción surgen:

En la sentencia que el Tribunal Supremo publica en 12 de junio de 1901, se determina que "la mera circunstancia de sacar a un expósito de la Inclusa no demuestra la intención de prohijarle, la cual requiere ser expresada solemnemente, careciendo, por lo mismo, de virtualidad la sencilla e incidental referencia a la condición de expósito en la partida de matrimonio y en la escritura dotal de la persona en quien concurre".

Dieron lugar a ella los hechos siguientes:

Según consta del Registro general de la Casa Cuna de Sevilla, doña Dolores Ríos sacó, en 1851, de dicho establecimiento una niña recién nacida, que fué bautizada con el nombre de Bruna. Contrajo ésta matrimonio en 1866, expresándose en el acta del mismo su condición de hija adoptiva de doña Dolores, condición que se hizo constar también en la escritura dotal otorgada con motivo del enlace, a la que concurrió doña Dolores, y en la que se consignó que tanto la contrayente como su madre adoptiva renunciaban el derecho a exigir hipoteca del futuro esposo.

Sacó después doña Dolores, de la Casa Central de Maternidad de Sevilla, otra niña, que el Gobernador, Presidente de la Junta Provincial de Beneficencia, concedió en adopción a doña Dolores, la cual, en su testamento, la instituyó por heredera de sus bienes. Falleció la testadora, y entonces Bruna Expósito promovió pleito reclamando la porción legítima que en los bienes de doña Dolores reconocía a su favor, como hija prohijada de la misma, la legislación vigente con anterioridad a la publicación del Código civil. Tramitadas dos instancias, la Audiencia de Sevilla dictó sentencia confirmatoria, declarando que doña Bruna no tiene derecho a porción alguna legítima; por lo que ésta interpone recurso de casación, citando como infringida la Legislación de Partidas, recurso que es desestimado por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, al alegar las razones que antes hemos expuesto al iniciar el estudio de esta sentencia.

Poco tiempo antes, el 25 de octubre de 1889, se había pronunciado el mismo Tribunal ante un caso de prohijamiento en el que concurría la circunstancia de que los adoptantes habían otorgado escritura de adopción, en la que se comprometían a alimentar, vestir, educar y asistir al niño y dejarle, a su fallecimiento, lo que permitieran las leyes en la sucesión intestada del padre adoptivo.

Ocurrida la defunción de los adoptantes, los hermanos, únicos parientes que dejaron, reclaman la herencia, y el Tribunal Supremo, fundado en la legislación anterior al Código civil, entonces vigente, declara la preferencia del prohijado en la sucesión, sobre los parientes colaterales de sus padres adoptivos.

Nada aclaran las disposiciones posteriores que sobre esta materia se han dictado.

La Instrucción de 27 de abril de 1875 no tiene otro objeto que

establecer una separación entre la Beneficencia pública y la privada, dando al Estado una mayor intervención.

La Instrucción de 27 de enero de 1885 organiza nuevamente los Establecimientos de Beneficencia, sin alterar en nada las líneas generales vigentes sobre el prohijamiento.

Mejor trato, aunque sus efectos en la persona y bienes del adoptado sean escasos, se le concede en otras disposiciones de carácter administrativo, como la Real orden circular del Ministerio del Ejército de 13 de noviembre de 1926, y por lo que al servicio militar se refiere, donde se conceptúa como hijos a los expósitos adoptados antes de cumplir los tres años de edad, aun cuando las personas que los criaron y educaron hayan percibido de las Diputaciones Provinciales, y para su lactancia, una pequeña remuneración.

Antes, y en idéntico sentido, el art. 82 del Reglamento para el Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 1914 concedió la excepción del art. 89 (prorroga de incorporación a filas por tener más hermanos en el servicio) al hijo adoptivo que lo fuese con diez años de antelación a su alistamiento.

El mismo derecho le ha sido reconocido para estos efectos en el Reglamento de 27 de febrero de 1925 (art. 269) y en el de la Marina de igual año (art. 63, regla 5.^a), así como en las sucesivas disposiciones que se han dictado y rigen en esta materia.

El número 6 del art. 43 de la Ley de Reclutamiento y Reemplazo de 21 de octubre de 1896 determinaba como residencia o domicilio, a sus fines, el de los padres adoptantes y no el del Establecimiento de Beneficencia donde hubiese estado acogido.

Sin embargo, la Real orden de 23 de julio de 1929 (Ministerio de Justicia y Culto) le niega el derecho a cambiar sus apellidos, al resolver un expediente iniciado para este objeto, alegando "que las relaciones sobre este particular han de regirse por lo dispuesto en el artículo 175 del Código civil, donde no se admite la supresión del apellido de la familia natural. Considerando, por lo tanto, no ser graciável, por ser los únicos casos en que no pueden ejercitarse las facultades atribuidas al Gobierno por el art. 64 de la Ley de Registro civil. . Y teniendo en cuenta que si esta imposibilidad es evidente cuando de familia natural se trata, menos podrá hacerlo cuando se trata de un hijo de padres desconocidos; pues la jurisprudencia de este Centro ha venido declarando que la facultad establecida por el art. 64 de la Ley

no es aplicable, por el procedimiento del capítulo IX del Reglamento, a las personas de origen ilegítimo ”

Termina haciendo la consideración de que si el apellido revelase la condición de la ilegitimidad de su origen, el interesado deberá probarlo en forma dentro del procedimiento establecido por la Real orden de 26 de julio de 1912.

Este procedimiento es ante el Juez de Primera Instancia, quien, admitiendo las pruebas pertinentes y oyendo al Ministerio Fiscal, remitirá el expediente a la Dirección, para que ésta lo resuelva.

Pero no se crea que lo que se autoriza es el cambio de apellido, sino que se refiere únicamente a los casos en que, por omisión del funcionario encargado del Registro, aparece el interesado sin apellido alguno, por tratarse de un hijo ilegítimo que no reune la condición de natural. En cambio, para la obtención de certificados de nacimiento en extracto, ya que esta clase de documentos no altera la condición jurídica de los hijos, se autoriza, por la Orden de 24 de octubre de 1939, a expedirlos consignando la paternidad que el peticionario indique, siempre que se trate de hijos legítimos o naturales reconocidos que estén bajo adopción, y a los solos efectos del Decreto de 3 de mayo de 1938.

En el orden penal también tiene repercusiones esta materia, y así el artículo 470 del Código penal reformado dispone que el adoptante que, sin previa dispensa civil, contraiga matrimonio con su hijo o descendiente adoptivo, será castigado con la pena de 500 a 5.000 pesetas de multa.

Y en el Derecho canónico constituye impedimento para la realización del matrimonio, a que se refiere el párrafo anterior, siempre que así se establezca en la legislación civil del Estado.

IV

LA ADOPCIÓN DURANTE LA GUERRA DE LIBERACIÓN

Con motivo de la guerra surgen dos problemas en esta materia: uno, la situación de hecho provocada por las disposiciones que las autoridades rojas dictaron sobre este particular; otro, el abandono en masa de los niños que la lucha, la revolución y el crimen desperdigan de sus hogares y lanzan a la vía pública sin amparo, sin refugio y sin familia.

El primer problema se resuelve fácilmente por la Orden de 8 de marzo de 1939, en cuyo artículo 8.^o se dispone que "todas las anotaciones marginales practicadas en las actas de nacimiento en virtud de expedientes de adopción, ajustadas a disposiciones dictadas sobre esta materia por el Gobierno central rojo o la Generalidad de Cataluña con posterioridad al 18 de julio de 1936, se tacharán de oficio y podrán convalidarse siempre que se instruya nuevo expediente de conformidad con el capítulo V, título VIII, libro I del Código civil. Cuando proceda convalidar las mencionadas anotaciones, producirán todos sus efectos desde su fecha, pero solamente con los derechos que señala el capítulo citado del Código civil".

De esta forma se encaja la materia en sus propias lindes, considerándose a sus efectos como si en todo el tiempo no hubiese regido otra regla que la del Código civil y disposiciones administrativas sobre el prohijamiento, vigentes con anterioridad a la iniciación de la contienda.

El segundo problema ya reviste caracteres de mayor gravedad, por lo que, ante las necesidades del momento e impuesto por las circunstancias de la revolución, con su secuela trágica en el orden familiar, se creó por las Ordenes de 30 de diciembre de 1936 y 1.^o de abril de 1937 una *cuasi adopción* administrativa, para lo cual se montó en cada pueblo un organismo especial, integrado por el Alcalde, como Presidente; Párroco, Inspector de Sanidad y Maestro más antiguo, con la misión de hacer una relación de cuantas personas de la localidad estuviesen en condiciones y quisieran imponerse el sacrificio de recoger en su hogar a uno o dos niños, "que acogidos así en el santo calor de la familia, tengan en sus infantiles almas todo el calor y cariño de que carecen en su infortunio": ya que, según el preámbulo de esta Orden, se abrigaba el temor de que, con la liberación de la capital, el número de niños huérfanos o abandonados "habría de llegar a cifras impresionantes", de tal magnitud que las instituciones y locales que de ordinario enjuagan estas desgracias fueren insuficientes", por lo cual se tenía la seguridad de que "en la hermosa y cristiana obra de protección y amparo a tanta criatura desvalida sumida en el infortunio se habría de encontrar en el alma nacional todo el apoyo material y espiritual que esta santa obra demande".

La aceptación de este servicio, que con el nombre de *colocación familiar* se crea, era de un modo voluntario, no requiriendo más que condiciones de moralidad y cierto desahogo económico por parte de los

oferentes, para lo cual las Juntas habían de realizar el censo de familias que, reuniendo esas condiciones, estuvieren dispuestas a colaborar en la obra. La Junta informaba sobre estos extremos al Gobernador civil, quien elevaría los datos precisos al Gobernador general, para que se hiciese un intercambio entre las distintas provincias, con el fin de colocar al mayor número posible de niños abandonados.

La realización práctica de tan importante servicio y el modo de llevarlo a efecto de forma armónica e igual en todos los casos, es reglamentado por la Orden antes citada de 1937, que lo regula ampliamente, amoldando las disposiciones sobre la materia y creando un verdadero derecho típico sobre este particular, enlazado, al mismo tiempo, con lo dispuesto en el Código civil y leyes especiales que ya conocemos y que, según preceptúa la propia Orden, continúan en vigor.

Se señalan dos formas en virtud de las cuales pueden ser acogidos estos menores: con carácter permanente o con carácter temporal, hasta la edad o momento que en cada caso se estipule.

Se encarga a las Juntas Locales la confección de un padrón de niños abandonados que puedan ser acogidos, señalando el mes de enero de cada año para la formación del mismo, que habrá de ser por duplicado, con el objeto de enviar un ejemplar a la Junta Provincial de Beneficencia, quien reunirá todos los de su jurisdicción, para que en el mes de febrero sean remitidos al Gobierno general.

Estos padrones constituyen la base para formular las peticiones de acogimiento de niños, las cuales (art. 6.º) pueden hacerse en cualquier época del año ante la Junta Local donde el peticionario resida.

Se crea un modelo, al cual habrán de ajustarse estas peticiones, y en el dorso de la solicitud hecha en esa forma irán estampados los informes de la Junta, siempre que el peticionario lleve en el territorio de su jurisdicción más de dos años de residencia, completándose, caso contrario, con el de las Juntas correspondientes a las localidades donde hubiese residido el resto del tiempo.

En un plazo de cinco días, ampliable por otros cinco y dos más, si es preciso utilizar el correo; las Juntas Locales emitirán sus informes, y en otro plazo igual, pero improrrogable, la Junta Provincial de Beneficencia resolverá lo procedente. Si esta resolución está de acuerdo con lo solicitado, se realizará la entrega ante la Junta Local correspondiente a la residencia del niño (art. 7.º). De todo ello se levantará la oportuna acta, que será extendida en un libro foliado y sellado con

forme al modelo que en la Orden se determina y que llevarán las Juntas Locales. El Secretario enviará, en otro plazo de cinco días, un testimonio de la misma a la Junta Local a que pertenezca el peticionario; otro a cada una de las Juntas a que pertenezcan el peticionario y el acogido, y un cuarto ejemplar al Gobierno general del Estado. En esta Orden se determinan las obligaciones y derechos que con tal acto se contraen y a las que quedan sometidos adoptante y adoptado.

Estas son, por parte del adoptante, proporcionar al acogido instrucción escolar hasta los doce años, comprometiéndose a darle un trato adecuado conforme a los cuidados de un buen padre de familia, y prohibiendo en absoluto se les haga objeto de explotación de ningún género.

Lo característico de estas disposiciones es que la patria potestad, con los derechos a ella inherentes: administración, tutela, etc., no pasa a los adoptantes, sino que se la reserva la Junta Local de Colocación Familiar, bajo la inspección de la Junta Provincial de Beneficencia y del Gobierno general del Estado: hasta el punto de que, conforme dispone el artículo 11, "si uno de los niños colocados, en virtud de esta disposición, llegase en cualquier momento a poseer bienes, se constituirá el Consejo de familia, para la guarda de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el Código civil y disposiciones vigentes", obligando de un modo ineludible, a las personas que los tengan a su cargo, a poner esta contingencia, si se da, en conocimiento de la autoridad correspondiente.

Esta adopción, que como se observará no tiene nada de ello, y si la hemos llamado así es porque repetidamente se denomina de ese modo en la disposición que acabamos de glosar, se completa, y de este modo sigue el Estado su obra protectora de la juventud desamparada, víctima inocente de la guerra y del barbarismo sectario, con el Decreto de 23 de noviembre de 1940, en virtud del cual el Estado, ya sin las preocupaciones de la lucha, una vez terminada la contienda, toma sobre sí el cuidado de los huérfanos de la revolución y de la guerra, encargando su custodia a personas "dispuestas a encender en ellas el fuego del afecto familiar", y, en su defecto, a las organizaciones benéficas del Estado y del Movimiento.

V

DISPOSICIONES VIGENTES

La variedad de disposiciones que sobre la materia que estudiamos se habían dictado a partir de las leyes fundamentales, determinó cierto estado de confusión que obligó a que por el Decreto de 13 de abril de 1934 se hiciese un resumen de las que se consideraban vigentes, declarando como tales a las Leyes de 5 de julio de 1883, 24 de marzo de 1885 y 27 de julio de 1887, quedando derogados cuantos Decretos se hubiesen dictado con posterioridad y se opongan al contenido de aquéllas.

Durante el Movimiento nacional se promulgaron las que hemos hecho mención páginas antes, dándosele un nuevo impulso en un sentido protector y renovador especialmente por el Decreto de 5 de noviembre de 1938 y disposiciones concordantes; pero la materia reclamaba, y reclama, una ordenación completa y moderna.

Recogidas las experiencias de las guerras, revoluciones y pestes con su reflejo lacerante sobre la niñez, y sobre todo la mayor experiencia doctrinal y práctica durante la vigencia del Código civil y leyes especiales reguladoras en sus dos sentidos de este instituto jurídico, se hacía preciso cambiar de orientación, y por medio de una Ley ampliamente protectora de la infancia recogida, sin nombre y sin familia, y dejando a un lado el Código civil, con su adopción petrificada e inoperante, encauzar, plasmando en realidad vigente, cuantas innovaciones ha señalado ya la doctrina, la legislación de otros países y que son incluso postulados del Nuevo Estado.

El legislador español, al publicar la Ley de 17 de octubre de 1941, con cuya exposición terminaremos este trabajo, ha desperdiciado una ocasión de independizar por completo el prohijamiento, de tan rancio abolengo y tanta utilidad en la práctica, y hacer de él una institución típica y eficaz, regulándolo en un sentido protector y humano, de forma que, salvando las dificultades de interpretación a que las confusas disposiciones del Código dan lugar, hiciere de él un instrumento adecuado para que el individuo coopere con la Administración y ayude al Estado a levantar tan pesada carga como siempre ha sido, y hoy más que nunca por las circunstancias excepcionales por que atraviesa nues-

tra Patria, el amparar la niñez desvalida y abandonada, haciendo al mismo tiempo más eficiente esta institución al robustecer los derechos y obligaciones de los que, no estando unidos por la naturaleza, lo están por la voluntad, el cariño y la convivencia.

Pero no ha sido así, y si bien hay que reconocerle el mérito de coordinar las disposiciones de carácter administrativo con las que en el Código civil desarrollan esta materia, haciendo en todo caso obligatorio el otorgamiento de escritura, no se ha avanzado nada, ya que, de este modo, los efectos de la adopción son únicos: los que emanan del Código; aunque las formas de realizarla sean dos: la que este Cuerpo legal determina en los casos que expresa, y la que surge de la Ley a la que nos estamos refiriendo.

En la exposición de motivos de la misma se reconoce cuanto hemos dicho, mostrándose un verdadero interés por el problema que con la Ley se intenta resolver; pero en el texto de ésta, tal vez por timidez o quizá ante el temor de invadir el terreno propio del Código, no se realiza la innovación que tanto esperamos y que tan beneficiosos resultados hubiera producido en la práctica.

Dice el preámbulo de la Ley de 17 de octubre que "las normas sobre adopción contenidas en el capítulo V, título VII, libro I del Código civil, no han satisfecho en la práctica el propósito de suplir los vínculos paternofiliales fundados en la generación, respecto de los seres más desvalidos e inocentes abandonados en el torno de una Casa de Expósitos o recogidos en otros Establecimientos de Beneficencia. Respecto de ellos es muy frecuente el prohijamiento, que casi siempre crea lazos de verdadera afección familiar que ligan perdurablemente al prohijado con sus prohijantes, sin que, por las dificultades procesales, se constituya un verdadero estado jurídico dentro de las normas que para la adopción señalan las disposiciones vigentes; y así llega un día en que, al tenerse que acreditar, por razón de estudios o del matrimonio del acogido, su filiación verdadera, se quiebran y destrozan violentamente las ilusiones nacidas de dicho afecto, engendradas por su convivencia con los que tenía por padres, al descubrirse su origen turbio y deshonroso. Parece, por ello, conforme al espíritu de protección al débil que inspira nuestro Glorioso Alzamiento, corregir tan grave deficiencia de la legislación civil"; para lo cual se determina que los acogidos en Casas de Expósitos y Establecimientos de Beneficencia (artículo 1.º) pueden ser adoptados por personas idóneas, a juicio de la

Administración de estos Establecimientos, quien queda encargada de vigilar (art. 5.º) la conducta del adoptante hasta la mayor edad del adoptado, pudiendo, en su caso, dejar sin efecto la adopción.

El procedimiento varía por completo del empleado hasta ahora, mejorándose en un sentido más eficiente.

Su tramitación se realiza ante la Administración del Establecimiento (art. 2.º), de donde, una vez averiguada la moralidad y honradez del adoptante o adoptantes y después de oír al interesado, si es mayor de 14 años, o a sus parientes, si son conocidos, se eleva (art. 3.º) a la aprobación del Juez de Primera Instancia competente, quien, previa audiencia del Ministerio Fiscal y si encuentra cumplidos los trámites que esta Ley señala, lo aprobará en un plazo no superior a ocho días, contados a partir de la recepción del expediente. En la providencia aprobándolo ordenará el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, que suscribirán los solicitantes y el Presidente de la Diputación Provincial de donde dependa el Establecimiento, o la persona en quien delegue. Esta escritura (art. 4.º) habrá de anotarse en el respectivo Registro civil, expresando cuantos extremos y circunstancias se deduzcan de la misma. En la inscripción de la escritura, así como en todas cuantas certificaciones se extiendan después, sólo se expresará el nombre y apellidos del adoptado y de su adoptante o adoptantes.

Los padres naturales del adoptado tienen derecho (art. 5.º, párrafo segundo) a impugnar la adopción o a dejarla sin efecto, en el caso de que deseen recuperar a su hijo, solicitándolo así, previa la debida justificación y garantías, de la Administración del Establecimiento benéfico de donde proceda el adoptado, a quien se le oirá si es mayor de catorce años.

Los efectos de esta adopción son (art. 6.º) los que surgen de los artículos 175, 176, 177 y 180 del Código civil.

Los adoptantes habrán de reunir las condiciones que el art. 173 determina, alcanzándoles las prohibiciones que establece el art. 174.

Se prohíbe (art. 7.º) que los funcionarios que en ella intervienen perciban derechos ni retribución de ningún género, extendiéndose todas las diligencias y escritura en papel de oficio:

J. ROBLES FONSECA.

Secretario auxiliar de la Comisión General de Codificación. Del Cuerpo Técnico del Ministerio de la Gobernación

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

FACULTAD CALIFICADORA DEL REGISTRADOR.—LA ACTUACIÓN OFICIAL DE ESTE FUNCIONARIO AL CALIFICAR Y LA DE SUS SUPERIORES JERÁRQUICOS AL RESOLVER LOS RECURSOS INTERPUESTOS CONTRA SU CALIFICACIÓN, NO DEBE SER TAN RESTRINGIDA QUE IMPIDA EL ACCESO A LOS LIBROS HIPOTECARIOS, DE SITUACIONES JURÍDICAS GENERADORAS DE LESIÓN DE DERECHOS.

Resoluciones de 22 de mayo, 3, 19 y 27 de junio, 16 y 31 de julio de 1942, insertas en el Boletín Oficial del Estado de 8 y 23 de junio, 15 y 24 de julio, 13 y 25 de agosto, respectivamente.

Idénticas en todas sus partes a la de 9 de marzo de 1942, extractada y comentada en el número 168 de esta Revista, correspondiente al mes de mayo.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de contratación en zona roja

SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1942.—*Incongruencia*.

En la demanda de este juicio se solicita que los demandados sean condenados a rendir cuentas de los negocios que llevan en común con la actora para fijar los beneficios y repartirlos, a dividir los mismos negocios y a indemnizar perjuicios. La sentencia condena a los demandados a que paguen la cantidad de 11.500 pesetas, absolviéndolos de las demás peticiones de la demanda, condena que aparece fundada en una valoración y liquidación que el Tribunal sentenciador realiza de los bienes que supone existentes en la comunidad y de los beneficios que calcula obtenidos por los negocios comunes durante determinado período de tiempo. Al proceder así el expresado Tribunal resuelve por diferente concepto y modo lo pedido y planteado por los litigantes, resultando manifiesta la incongruencia que acusa el recurso de casación.

SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1942.—*Transacción (art. 1.816 del Código civil)*.

Cualquiera que sea el concepto que se tenga sobre la naturaleza de la transacción judicial, que el Código civil define y que la opinión más autorizada estima institución sometida a las normas del derecho material que, sin embargo, es al par integrante de un acto procesal propiamente dicho, es notorio que en este segundo aspecto para que mediante ella se ultime, por un modo que la doctrina califica de anormal, el proceso iniciado, es preciso que a él se incorpore en aquellos supuestos en que al organismo judicial haya de pedirse la ejecución, porque sólo así quedará ultimado el proceso pendiente y podrá impetrarse de los Tribunales el cumplimiento de lo convenido por vía de ejecución procesal; lo que tiene un singular valor en relación con el caso discutido en él que el litigio no llegó a iniciarse, ni siquiera a admitirse la demanda, y en que, aun en el evento de que se hubiesen iniciado, nada indica que el contrato de transacción se llevase a él para que, con perfecta congruencia, pudiera pedirse la ejecución del pacto transaccional que mediante reciprocas concesiones había de sustituir a la sentencia.

SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1942.—*Cosa juzgada*.

En la sentencia de 27 de abril de 1939, dictada en pleito en que con idéntico carácter contendieron las partes que hoy litigan, no sólo se declaró que D. Javier Gogorza Lusarreta venía obligado a reservar a favor de su hija, doña

Blasa Gogorza Iribarren, todos los bienes que integrasen o pudiesen integrar la herencia de doña Catalina Iribarren, madre de ésta y esposa de aquél, sino que se hizo además el pronunciamiento de que, para determinarlos, 'había de practicarse liquidación de la sociedad conyugal, asegurando, después de llevarse a cabo, los de naturaleza reservable según lo dispuesto en los artículos 977 y 978 del Código civil y sus concordantes de la ley Hipotecaria; y como en la demanda inicial de la litis que ahora se resuelve se pretende, en síntesis, que por virtud de aquella sentencia que expresamente se invoca, se adjudique a la sucesión de doña Catalina determinados bienes, a título de partición de la sociedad conyugal previa una serie de operaciones liquidatorias, como trámite inexcusable para dictar una sentencia que condena a D. Javier Gogorza a reservarlos, es indudable que, a despecho del propósito no logrado ciertamente de enmascarar las acciones ejercitadas, el pleito que ahora se resuelve no es sino un fiel trasunto del que ya fué ejecutoriamente resuelto, en que contienden las mismas personas sobre una misma cosa y ejercitando una sola causa de pedir, es precisamente lo que ha dicho, con indudable acierto, el Tribunal "a quo", impidiendo con su absolución que prospere el designio de volver sobre lo ya juzgado y desviar la cuestión por derroteros innecesarios para el fin perseguido, contra el propósito manifiesto del demandado de ejecutar la sentencia, patentizado últimamente en el acto conciliatorio precursor de este pleito y evitar un gasto de actividad procesal, que haría absolutamente innecesarios los términos por todo extremo expresivos de la sentencia dictada.

SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1942.—*Testamento ológrafo.*

Es jurisprudencia constante y uniforme de este Tribunal, que consta en innumerables sentencias, que en el otorgamiento de los testamentos ológrafos tienen el carácter de esenciales todas las formalidades prevenidas en el artículo 688 del Código civil, siendo indispensable su concurrencia para la validez de los mismos; y que la expresión del año, mes y día en que se otorgaba ha de resultar de una manera cierta de los términos del propio testamento, no pudiendo acudirse para precisarlos, si del documento no resulten con tal claridad, a los medios ordinarios que sirven para acreditar las formalidades de otros otorgamientos.

Con arreglo a lo expuesto preciso es de estimar que la Sala sentenciadora ha incidido en la sentencia recurrida en las infracciones de ley y de doctrina legal que se indican en los motivos 4.^º y 5.^º del recurso, al no prestar la debida observancia a las citadas normas y estimar la validez del testamento discutido en estos autos fijando arbitrariamente por los medios ordinarios que se indican al final del apartado anterior la fecha de otorgamiento, pues examinados con toda detención los términos del documento, y muy especialmente la alusión que en él se hacen al matrimonio del otorgante con la demandada doña Ilse Vieth Beissert, celebrado en 19 de junio de 1936 y al otorgamiento por esos contrayentes en sendos testamentos en 1.^º de julio del mismo año, en los que se instituía recíprocamente herederos, pues de esas alusiones resulta de una manera palpable la falsedad de la fecha de 20 de enero de 1936, escrita de puño y letra del testador, porque no podía tener en ella noticia de hechos realizados meses después, no pudiendo, por el contrario, deducirse de una manera cierta, como exige la ley y la jurisprudencia, cuál fuera la verdadera, y en su consecuencia hay que estimar que dicho testamento carece del requisito

indispensable de la expresión exacta del año, mes y día en que fué otorgado, y por tanto, de validez en Derecho por ser la fijada por el Tribunal "a quo" completa y absolutamente inaceptable, pues del propio documento sólo resulta la fecha falsa, como reconoce el propio Tribunal, y para fijar la fecha de 20 de enero de 1937 ha acudido a la que consta en el sobre presentado con el testamento para su protocolización, documento extraño a dicho testamento y a una serie de consideraciones ajenas también al testamento, contrariando la doctrina de esta Sala antes indicada de no ser lícito acudir en relación a los testamentos ológrafos a los medios ordinarios que se emplean para acreditar las formalidades de otros otorgamientos.

SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1942.—*Decreto de 29-XII-1931.*

El Decreto de 29 de diciembre de 1931, en su artículo 4.º, después de disponer que únicamente por falta de pago pueden los arrendadores a quienes el mismo sea aplicable utilizar la acción de desahucio en la forma regulada por la legislación común; faculta a los inquilinos para evitar consignando su descubierto dentro del término del tercero día, contado desde el siguiente al de la citación para el juicio, consignación que será eficaz si se hace en el término expresado; y aunque la Orden ministerial de 25 de noviembre de 1939, dictada, como en ella se expone, para resolver el problema de la relación entre propietarios y arrendatarios en la zona que estuvo sometida al poder marxista, estableció en el artículo 2.º que podía el desahuciado evitar el desahucio consignando en cualquier trámite las rentas debidas posteriores a la fecha de la liberación, tal precepto, de índole excepcional, es aplicable, según su claridad manifiesta y como ya tiene declarado esta Sala en sentencia de 29 de enero último, tan sólo en los juicios incoados con anterioridad a su fecha.

SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1942.—*Representación y mandato.*

Con general aceptación, el Derecho científico distingue actualmente los conceptos jurídicos "mandato" y "representación" y hace observar que las diferencias esenciales entre ambos ni siquiera se borran por completo en el mandato representativo; porque el mandato afecta a la relación material de carácter interno entre mandante y mandatario y el apoderamiento, concepto formal, trasciende a lo externo y tiene como efecto ligar al representado con los terceros siempre que el representante actúe dentro del poder que se le ha conferido; y aunque de ordinario los poderes van ligados a una relación jurídica de mandato, no es esencial esta coincidencia ni son idénticos los principios y normas a que han de ajustarse el poder y la relación jurídica obligatoria que origine el otorgamiento.

Como consecuencia de esta distinción doctrinal, acogida por este Supremo Tribunal en repetidos fallos, entre otros en los de 17 de octubre de 1932 y 16 de febrero de 1935, se impone dejar establecido que cuando el poder no es simple expresión de un mandato, o sea de una relación de mutua confianza, sino que obedece a otra causa, el cumplimiento de un contrato, concluido en interés del representante y de tercera personas, en tanto subsista esta relación jurídica objetiva determinante del otorgamiento del poder, la extinción y la simple modificación de éste no deben quedar al arbitrio de la persona que lo

otorgue, sino que a esta relación jurídica causal han de quedar sometidos todos los derechos y las obligaciones del representado y del representante que derivan del apoderamiento.

SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1942.—*Facultades de la Comisión Liquidadora y art. 1.111 del Código civil.*

Dados los términos en que está concedida la sentencia de instancia y la posición que, para combatirla, adopta el recurso, son dos, fundamentalmente, las cuestiones que éste suscita; referente, la primera, a dilucidar si los actores en la litis, acreedores de la "Liga de Agricultores y Ganaderos de Salamanca", están o no asistidos de la acción que han hecho valer; y atinente, la segunda, a precisar si la acción subrogatoria, a cuyo ejercicio se aludió en el escrito de réplica, podría ser medio adecuado de llegar al fallo que se pretende, por concurrir en el caso de autos las circunstancias que según la ley legitiman su ejercicio.

Respecto al primer problema, que, examinados el acuerdo adoptado por la Asamblea General de aquella Asociación el 5 de junio de 1932, con sujeción al artículo 34 de los Estatutos, y el que el 7 de enero de 1933 adoptó el Consejo de Administración, constituido en Comisión liquidadora, se aprende fácilmente en aquél, aparte de acordarse la disolución de tal entidad, se facultó a su Consejo de Administración para que, constituyéndose en Comisión liquidadora "encargada de realizar los créditos y el capital", pagase las deudas y realizase cuantas operaciones fuesen precisas y necesarias; y que en éste, la Comisión, facultada para llevar a ejecución tal concreto cometido, cedió a D. Florentino Zurdo y a la Sociedad "Hijos de Mirat", acreedores de la Asociación, que al parecer no eran los únicos, la totalidad de los bienes, derechos y acciones especiales, principalmente—se añadió—"los que puedan corresponderle contra el último Consejo de Administración para exigirle rendición de cuentas, rectificación de las rendidas, entrega de saldo e indemnización de daños y perjuicios"; extremos éstos que en rigor son los únicos a los que el pleito se refiere, pues como evidencia la súplica de la demanda, no modificada en la réplica, lo que ahora pretenden los actores es, sencillamente, ejercitarse contra los consejeros que cesaron en el cargo, la acción de rendición de cuentas como medio adecuado para comprobar si de ella resulta un saldo favorable a la Asociación y aplicar su importe y el de las eventuales indemnizaciones que, demostrada la posibilidad de su imputación, se obtengan, a satisfacer los créditos que dicen tener contra la entidad social.

Sobre esta base obligada, fiel expresión de los términos en que el pleito se ha planteado, es fácil inferir el acierto con que ha procedido el Tribunal de instancia y la inconsistencia de los motivos que en el recurso se recogen bajo los números 1.^º y 2.^º; porque encaminada la liquidación social a fijar el haber de la Sociedad disuelta, mediante una serie de operaciones que a la Comisión liquidadora se encomiendan, otorgándole facultades más o menos limitadas, según los casos, y sobre todo, atendida la naturaleza de la Sociedad, no es admisible, mucho más si de ello no se hace mención en el acuerdo, que, aparte de ceder los bienes sociales, con el designio de extinguir deudas en favor de terceros, puedan transmitir sus propias facultades, desprendiéndose de las que les asisten para exigir rendición de cuentas a los organismos rectores de la entidad, y para ejercitarse contra ellos acciones engendradas de su culpa y

negligencia, posible fuente de indemnización de daños y perjuicios, ya que ello equivaldría, más que a una cesión de derechos o de créditos, a una anormal sustitución de personas, por cuya virtud, facultades que, en algún aspecto, son verdaderas obligaciones de la Comisión liquidadora, se transmiten a terceros, extraños a la entidad, sólo porque mediante su ejercicio o cumplimiento pueden obtenerse incrementos del patrimonio de la entidad, que es la garantía de los acreedores legítimos; y esto arguye, por una parte, desconocimiento de la doctrina según la cual la Sociedad en estado de liquidación no se extingue, sino que pasa por una situación transitoria, sólo transcente al fin social, en cuyo transcurso se prepara la decisión, y en su caso, la adjudicación del haber; puede significar, por otra, extralimitación de las facultades de los liquidadores, y, en último término, acaso conduciría a una desviación de las responsabilidades y a una distribución de los fondos sociales que no se acomodase exactamente a las normas legales y a los preceptos estatutarios; lo que patentiza la ineficacia de los motivos del recurso que otra cosa sostiene y pone de relieve que la sentencia combatida no infringió las leyes y doctrina legal que en los mismos se invocan.

Finalmente, y por lo que se relaciona con el artículo 1.111 del Código civil, denunciada en el tercero de los motivos del recurso, que aparte de las dificultades de orden procesal, que podría llevar consigo estimar una alegación que se ha hecho en el escrito de réplica y que cambia totalmente la causa de pedir y la naturaleza de la acción ejercitada, no puede perderse de vista que el aludido precepto es inaplicable a situaciones de hecho, tales como la que ha motivado el litigio; porque si se tiene en cuenta que la acción subrogatoria no es sino un medio de vencer las consecuencias de una posible inacción del deudor, que permite ejercitarse las acciones de éste, sin implicar un cambio de acreedor, fácil es advertir que, para rechazar la tesis del recurrente al respecto, no es preciso invocar, como él lo hace, la doctrina, por otra parte exacta, que autoriza al acreedor para discutir en un mismo proceso la insolvencia de su deudor y hacer valer en él las acciones de que éste puede estar asistido contra un tercero, puesto que, como los antecedentes del caso demuestran, la Comisión liquidadora de la Asociación de que se trata, lejos de estar inactiva, ha dado muestras de su actividad, transmitiendo, sin poder hacerlo, sus propias facultades de gestión; lo que evidencia que si hubiese podido hacerlo su posición sería la de un titular del Derecho y no la de un tercero acreedor que, en nombre del que lo es, lo ejerce en propio provecho, que es el supuesto en contemplación del cual exclusivamente se escribió el artículo que se dice infringido.

SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1942.—Artículo 1.504 del Código civil.

Es conocida y unánime la doctrina según la cual la facultad de resolver las obligaciones, que va implícita en las recíprocas, a tenor del artículo 1.124 del Código civil, adopta una singular modalidad, cuando se trata del contrato de compraventa de inmuebles, según se aprende por el artículo 1.504 del propio Código, que, desentendiéndose de algún antecedente del Derecho patrio (Ley 38, Título V, Partida V) que aun en ese supuesto concreto permitía la resolución "ipso jure", autoriza el pago después del término estipulado para hacerlo, salvo el caso de que el comprador moroso hubiese sido requerido judicialmente o por acta notarial, requerimiento éste que, atendido su fin, que es

el de obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido, y por constituir antecedente de la disolución del vínculo contractual, tiene el valor de una invitación concreta que, como ha dicho la sentencia de este Tribunal de 3 de julio de 1917, no se refiere al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla.

SENTENCIA DE 1.º DE JUNIO DE 1942.—*Alcance de las leyes sobre moratorias.*

Resulta indiscutible que las leyes de moratoria de cuya aplicación se trata no impiden el ejercicio de las acciones sobre declaración de los derechos del acreedor y solicitudes sobre medidas de aseguramiento para la efectividad de dicho derecho en el momento oportuno, ni para su ejercicio haya que esperarse a que por el Ministerio de Hacienda se dicten las disposiciones indicadas en el artículo 70 de la Ley de 7 de diciembre de 1939, disposiciones que sólo son necesarias para el levantamiento de la suspensión del pago y exigibilidad consiguiente de la cantidad que proceda, y según ello preciso es estimar que la Sala sentenciadora, al declarar como consecuencia de la apreciación contraria la nulidad de lo actuado, absteniéndose de resolver sobre el fondo del litigio, ha incidido en las infracciones que se citan en el recurso.

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1942.—*Artículo 675 del Código civil.*

Al preceptuar el artículo 675 del Código civil que "toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezcan claramente que fué otra la voluntad del testador", da a entender de modo patente que, cuando el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de suerte que baste la simple lectura para corregir por modo inequívoco el propósito e intención del testador, habrá el juzgador de atenerse a ese literal contexto; mas ello no quiere decir que las palabras del testador resuelvan siempre por sí solas las cuestiones y dudas que acerca del contenido de las disposiciones testamentarias puedan suscitarse, y es indudable por ello que, cuando las cláusulas sean oscuras, ambiguas o inexpresivas, el Juez deberá, como en cualquier otra interpretación, enfocar todas las circunstancias del caso para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador, de conformidad con la supremacía que especialmente en la interpretación del negocio jurídico unilateral ha de concederse a la voluntad del disponente, único autor de la declaración.

SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1942.—*Procedimiento hipotecario.*

Por el actor y recurrente se ejercitó la acción de nulidad del procedimiento judicial sumario seguido contra él en el Banco Zaragozano, alegando como fundamentos de dicha acción la falta de personalidad del iniciador del procedimiento en representación del Banco, y falta también de justificación el crédito exigido por no haberse acompañado a la demanda del juicio sumario las letras de cambio impagadas y la póliza de crédito de las que dianaba la deuda exigida por el ejecutante, y además porque estaba satisfecha la deuda recla-

mada, obrando en poder del deudor los efectos mercantiles que se decían impagados y la póliza de crédito cancelada.

Contra el fallo de instancia, desestimatorio de la nulidad pedida del procedimiento especial hipotecario, por entender la Sala sentenciadora que en él se habían observado las solemnidades legales, se alega en el único motivo de este recurso que aquel procedimiento se siguió sin la previa liquidación cada 180 días de la cuenta de crédito, sin el requerimiento de pago al deudor y sin acompañar a la demanda la libreta que en hipotecas de cuentas corrientes de crédito justifica la deuda líquida exigible en procedimiento de ejecución forzosa, hechos estos que, a juicio del recurrente, acusan la infracción por la Sala sentenciadora de los artículos 153 en relación con el 132, número 4.^o, de la ley Hipotecaria y el 205 de su Reglamento; pero es de tener en cuenta para desestimar este recurso, en primer lugar, que los razonamientos de hecho en que se funda no fueron objeto de alegación en el periodo expositivo del pleito y, por lo tanto, se ofrecen en casación con los caracteres de cuestiones nuevas que llevan a la inadmisibilidad del recurso, conforme al número 5.^o del artículo 1.729 de la ley de Enjuiciamiento civil, y, en segundo término, que no es viable la casación que se apoya sustancialmente en la infracción del artículo 153 de la ley Hipotecaria cuando, como en el caso de autos, se pactó en la escritura de constitución de hipoteca, en garantía de una cuenta corriente de crédito, que la cuantía de la deuda exigible se acreditaría con la certificación expedida por el Banco acreedor con referencia a sus libros, la que fué presentada con la demanda del juicio sumario, según reconoce el propio recurrente, sin que en estos supuestos sea procedente la justificación de la deuda exigible mediante la libreta de la cuenta corriente de crédito que exige el artículo 153 citado en forma supletoria, esto es, para el caso de que en la escritura de constitución de la hipoteca no se haya convenido la forma o el medio de acreditar el importe líquido de lo debido, lo que, a mayor abundamiento, ha sido objeto de comprobación por la Sala sentenciadora en diligencia para mejor proveer.

SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1942.—Artículos 904 y 905 del Código civil.

Si se examina con alguna atención el artículo 904 del Código civil, en la obligada relación que guarda con el 905, se aprende bien que el término del albaceazgo, cuando sobre su duración o su posible ampliación no se haya manifestado por modo terminante la voluntad del testador, es tan sólo de un año, que habrá de computarse o bien desde la aceptación, excepcionalmente y sólo para este supuesto, cuando hubiesen terminado los litigios que se promoviesen sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones; y aplicando la norma de la ley al caso litigioso, nada hay en la cláusula testamentaria de la última disposición de la causante, sobre cuyo texto literal versó la discusión, que autorice a sostener que en ella se otorgase a los albaceas para el desempeño de su cometido un plazo que excusase la aplicación del señalado "ad eventum" por la ley, ni menos que la voluntad de la testadora fuese, como indirectamente parece pretenderlo la sentencia de instancia, hacer subsistir la función del albaceazgo, transcurrido el plazo de un año, al solo efecto de que los albaceas pudiesen ejercitar en nombre de la sucesión todas las acciones judiciales promovidas o que pudieran promoverse, sin limitación de tiempo, coexistiendo esa personalidad con la de los herederos tes-

tamentarios, sucesores por título universal de los derechos y obligaciones del causante, cuando lógicamente no hubiese dejado de provocar la cesación sobrevenida un fenómeno de sucesión en el proceso que por su positiva influencia en la legitimación procesal del actor en la litis hubiese afectado hondamente a su personalidad por desaparición del carácter con que hasta entonces había intervenido en ella.

SENTENCIA DE 27 DÉ JUNIO DE 1942.—*Ley de 21 de mayo de 1936.*

El artículo único de la Ley de 21 de mayo de 1936 sólo autoriza el pacto de sumisión en favor del Juez municipal del propio y habitual domicilio de cualquiera de los contratantes o del lugar en que esté sita la cosa inmueble, objeto del litigio, por lo que es indudable que ejercitándose en estos autos una acción personal carece de validez la sumisión en favor de los Tribunales de Barcelona, pactada en el artículo 9.º de la póliza de Seguros acompañada de la demanda, ya que en la misma póliza consta que ninguno de los contratantes tiene su domicilio en aquella ciudad; y si bien es cierto que el seguro aparece concertado en el año 1932 y que las primas reclamadas corresponden a los años 1933 al 1935, no lo es menos que la demanda ha sido formulada en el año 1941 y le son aplicables las normas de competencia de la citada Ley de 1936, porque, afectada por el orden público la materia jurisdiccional, se retrotraen los efectos de la ley a la regulación de acciones por hechos acaecidos con anterioridad a la misma y ejercitada después, según constante jurisprudencia.

Jurisprudencia del Tribunal Especial de contratación en zona roja.

De las tres sentencias que tenemos a la vista, la del 13 de junio de 1942 (número 25) carece de interés jurídico: se niega en ella, por motivos de hecho, la aplicabilidad de los artículos 1.º y 2.º de la Ley Especial a un contrato de compraventa. Las dos restantes sentencias se ocupan de la interpretación del artículo 3.º del mismo Cuerpo legal. Dicho precepto establece lo que sigue: "Siempre que se declare la nulidad de un contrato, la parte que hubiere dado lugar a ella devolverá la cosa con sus frutos y el dinero con sus intereses, pero la otra parte devolverá tan sólo la cosa o el dinero objeto del contrato". El mencionado artículo distingue la obligación del causante de la nulidad y la de la víctima de ésta.

La sentencia del 2 de junio de 1942 (número 24) se refiere a la obligación devolutiva del causante de la nulidad. Se trataba de un contrato de arrendamiento verbal celebrado con anterioridad al 18 de julio de 1936, que con posterioridad a dicha fecha y con empleo de coacciones fué prorrogado en forma escrita. El Tribunal Especial sienta la acertada doctrina de que el momento desde el cual deben entregarse los frutos es el del contrato anulable, no el de la posesión de la cosa. "Lo dispuesto en el artículo 3.º de la repetida Ley Especial, según el cual siempre que se declare la nulidad de un contrato la parte que hubiera dado lugar a ella devolverá la cosa con sus frutos, ha de entenderse, conforme al sentido nada dudoso de su contexto literal, espíritu que lo inspira y finalidad que persigue, que condiciona aquella devolución con que la cosa, perteneciente al demandante, obre en poder del demandado por haberla

recibido y tenerla en su poder en virtud y por la celebración del contrato que se anule, ya que en tenerla en su poder o poseerla con anterioridad al contrato determinaría un estado de derecho o de hecho sin dependencia de aquél y que, por ello, no podría cesar ni alterarse sino es por convenio de las partes o mediante el ejercicio de las acciones adecuadas, en el procedimiento que por su naturaleza y cuantía correspondiese a la que se ejercitara."

La sentencia del 26 de junio de 1942 (número 26) se refiere a la obligación devolutiva de la *victima de la nulidad*. En el caso de autos ciertas personas coaccionaron al demandante a concertar con el demandado un préstamo hipotecario, apoderándose ellas en el mismo acto de la entrega del capital prestado de éste. Acertadamente declara el Tribunal Especial: "Lo preceptuado en el artículo 3.º de la citada Ley Especial respecto a que, cuando se declare conforme a ella la nulidad de un contrato, deberá acordarse la devolución de la cosa o el dinero objeto del mismo en la forma que determina, no es de aplicación en el presente caso, porque para ello sería preciso y así ha de entenderse, que la cosa o el dinero hubiesen sido entregados previamente al contratante, ya que en otro caso no podría tener efectividad el precepto; y habiéndose demostrado, según queda hecho mérito, que la cantidad de 22.250 pesetas pactada en el contrato no la recibió el demandante por sí, ni por tercera persona por él autorizada, sin que esté acreditado siquiera que se empleara en su utilidad, es visto que no cabe acordar que el prestatario devuelva al prestamista una cantidad que de éste no recibió, aunque así se expresara en el contrato anulable, sin perjuicio de que el demandado pueda ejercitar contra quien proceda los derechos y acciones de que se crea asistido."

LA REDACCIÓN.