

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVIII

Julio de 1942

Núm. 170

Los artículos 12 y 13 del Código civil y las nuevas reformas de éste

I

CONSIDERACIONES GENERALES

Por la ley de Ausencia de 8 de septiembre de 1939 se sustituyen unos artículos del Código civil por otros nuevos (todo el título VIII del libro primero). Lo propio se ha hecho con el artículo 396, que ha dejado huéco a un nuevo artículo 396, de alcances y contenido totalmente diferentes. En 5 de diciembre de 1941 se inaugura un procedimiento acreditado y usado en la legislación de otros países, pero que era desconocido en España: se agregan con numeración doble ciertos artículos al Código civil (1863-73), por los que se incorpora al viejo cuerpo legal el instituto de la prenda sin desplazamiento.

En ninguna de estas disposiciones, ni en su articulado, ni tampoco en sus preámbulos, se puede leer nada que permita conocer el pensamiento del legislador acerca de si estas nuevas leyes han de regir en todo el territorio de la nación o si, como formando parte del articulado del Código civil, han de seguir el régimen que implantan los artículos 12 y 13 respecto a la subsistencia de las legislaciones forales en toda su integridad.

El problema no ha sido investigado a fondo, que sepamos, hasta ahora por nadie, pero sí ha sido aludido por D. Jerónimo González

en sus notas al artículo de López Torres en la REVISTA CRÍTICA (1), y esta alusión ha sido la inspiradora de estas líneas. Me voy a tomar la tarea de discurrir sobre el problema y defender la tesis de que tales leyes son de aplicación general a todo el territorio nacional, si bien en las condiciones que luego se expondrán.

Existe una razón en pro de la aplicación de los artículos 12 y 13 del Código civil a estas tres leyes, y una razón de importancia, cual es la de que habiendo seguido el legislador el camino de sustituir unos artículos por otros o el de agregar nuevos artículos, pero con numeración paralela y con inclusión en la sistematización del Código (títulos, capítulos, secciones), parece que quiere indicar su deseo de que sigan la misma suerte de los demás artículos del Código civil, y, por tanto, con exclusión del título preliminar y del título IV del libro I, ninguna parte más del Código tiene efectividad en todo el territorio nacional (salvo las interpretaciones de la jurisprudencia). Y si en vez de acudir a la voluntad del legislador (criterio interpretativo un tanto anticuado) nos fijamos en la voluntad de la ley y nos atenemos a un criterio realista, podremos, superficialmente mirado el asunto, seguir la misma opinión. Los artículos 12 y 13 imperan sobre los restantes del Código; poco importa que los demás sean los que existían al publicarse o sean otros nuevos que hayan venido a sustituirlos.

Pero no cabe duda que la inserción en el articulado puede justificarse por el deseo de una compenetración más íntima de las nuevas instituciones con las demás, produciéndose un flujo y reflujo de influencias de las nuevas normas en las viejas y de éstas en aquéllas. Piénsese, si no, en las muchas influencias de la legislación de ausencia sobre todo el Código civil (patria potestad, mandato, matrimonio, reservas, legados, etc.) o la analogía del derecho de tanteo con el que sin nombre se establece en la ley de 26 de octubre de 1939 sobre reforma del artículo 396, como puso de relieve Taullet (2) y repite Batlle (3), o en fin, la movilización de cosas inmuebles según el artículo 334, que puede servir para reforzar la opinión de algún autor (4) que ad-

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Febrero de 1941.

(2) *La propiedad de casas por pisos y la Ley de 26 de octubre de 1939*, en "Revista de Derecho Privado". 1940. págs. 109 y sigs.

(3) *La reforma del artículo 396 del Código civil por la Ley de 26 de octubre de 1939*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". 1942. págs. 243 y sigs.

(4) Valverde: *Tratado de Derecho civil*, tomo I, págs. 444 y sigs.

mite la posibilidad de pactar limitadamente sobre la condición mueble o inmueble de las cosas.

Puede justificarse también el procedimiento de reforma seguido por motivos de técnica legislativa.

Pero, en contra de la aplicación de los artículos 12 y 13 del Código civil, a las tres disposiciones que nos ocupan se puede decir que en ninguna parte de sus disposiciones ni en sus preámbulos o exposiciones de motivos aparece frase alguna que permita pensar en la idea de excluir a las regiones forales del progreso que suponen las nuevas instituciones. Por eso, tratándose de leyes posteriores a la publicación del Código civil, creemos deber sostener su general aplicación. La inserción de sus articulados en el cuerpo del Código civil no tiene más que un valor sistemático o de técnica legislativa, que no deja de tener su valor en las repercusiones que no faltarán en el restante articulado del Código.

Conocida es por todos la tendencia del Tribunal Supremo a la unificación legislativa en materias mucho más amplias que las contenidas en el título preliminar y en el título IV del libro I. Unas veces se aferra el alto Tribunal a que las materias pertenecen al contenido de dichos dos títulos (1); otras a que el Código trae instituciones nuevas (2); otras a que sustituye el precepto legislativo contenido en disposiciones generales anteriores (3). Pero no es ésta sola la única manifestación de la tendencia a la unidad legislativa, porque asombra la sutileza ideada por algunos autores (4) para introducir al Código civil como supletorio de leyes especiales aludidas por el artículo 16.

(1) Res. 22 agosto 1894, 28 noviembre y 6 diciembre 1898, 23 octubre 1899, 12 septiembre 1901, 24 mayo 1905, 14 noviembre 1906 y 18 agosto 1908. Sentencias de 13 diciembre 1913, 23 mayo 1916 y 29 abril 1926.

(2) Sent. 8 julio 1903, 4 abril 1904 y 14 diciembre 1905.

(3) Sents. 20 marzo 1893, 10 y 13 junio 1914, 7 julio 1915, 13 octubre 1919, 27 octubre 1920, 11 diciembre 1922, 24 junio 1925, 25 febrero 1926, 19 enero 1927, 17 diciembre 1928, 18 enero y 28 y 31 mayo 1930, respecto a sucesión *ab intestato* en sustitución de la llamada ley de Mostrencos. Sents. 12 junio 1894, 12 febrero 1897 y Res. 24 febrero y 4 marzo 1896 sobre aplicación de la tutela (títulos IX y X del libro I del Código) a las regiones forales en sustitución del régimen anterior contradictorio de la ley de Enjuiciamiento civil. Sent. 3 febrero 1896 sobre régimen de enfiteusis del Código en sustitución de la ley de Señorios de 1823. En sustitución de la ley de Matrimonio civil se aplican los alimentos entre parientes (Sents. 11 mayo 1897, 21 febrero 1898), la pérdida de la patria potestad por la madre viuda que contrae nuevas nupcias (Sent. 10 noviembre 1902) y la emancipación (Sents. 19 junio 1906 y 1 octubre 1910).

(4) Cfr. De Buen: *Introducción al estudio del Derecho civil español*, Madrid 1932, pág. 247; Valverde: *Tratado*, tomo I pág. 167.

Pues bien; en vista de esta tendencia arrolladora a la ampliación del ámbito legislativo de la legislación común, no puede extrañar a nadie que sostengamos la aplicación de las tres leyes aludidas al principio, a todo el territorio nacional. Y esto aparecerá aún más patente cuando agotemos el repertorio de razones en pro de nuestra tesis.

Cierto que existieron reformas del articulado del Código civil, como fueron la de la ley de 21 de julio de 1904, que modificó el artículo 688, suprimiendo el requisito del papel sellado del año del otorgamiento en el testamento ológrafo, o la del Real decreto-ley de 13 de enero de 1928, que modificó los artículos 954 a 957 y redujo los llamamientos en la sucesión *ab intestato* al cuarto grado, prescribiendo una determinada distribución de la herencia a establecimientos públicos en caso de que heredara el Estado (1); pero estas reformas de nuestro Código civil no nos ofrecen ningún precedente digno de aplicarse al caso presente, por cuanto que la que se relaciona con el testamento ológrafo se ampara, en orden a su general aplicación, a la jurisprudencia que extiende el ámbito del Código en las instituciones nuevas (2). En cuanto a la reforma de la sucesión *ab intestato*, sabido es que se suscitó una controversia en cuanto a la sustitución o no del derecho de las leyes generales anteriores por el Código civil. Mientras hubo quien (3) sostenía que el actual régimen jurídico que habían de conservar las regiones forales comprendía las leyes generales anteriores, aunque hubieran sido derogadas por el Código, Martí Miralles, en un meditado estudio (4), defendió que el actual régimen jurídico "que conservaran las regiones forales, *por ahora, en toda su integridad*", es su actual régimen jurídico foral; y el Tribunal Supremo, encontrando acertada semejante interpretación, en una jurisprudencia reiterada y que dió origen a viva polémica, introdujo la sucesión *ab intestato* del Código civil, en sustitución de la llamada ley de Mostrencos del año 1835. No existe, pues, precedente aplicable al caso que nos ocupa.

(1) Que fué modificada por R. O. de 1 de abril de 1931.

(2) Sent. de la Sala primera de lo Civil de la Audiencia de Barcelona de 22 junio 1900 sobre testamento ológrafo. Sents 8 julio 1903. 4 abril 1904 y 14 diciembre 1905 sobre retractos de colindantes y de comuneros.

(3) Sánchez Román *Estudios de Derecho civil* tomo I, pág. 585, interpretaba el giro del art. 12 "sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito o consuetudinario" el cual "conservarán por ahora en toda su integridad" en el sentido de que del actual régimen jurídico de las regiones forales formaba parte el derecho contenido en las leyes generales anteriores y, por tanto, también esto debía quedar en vigor en toda su integridad.

(4) Martí Miralles: *Estudio sobre el artículo 12 del Código civil*

Pero es evidente que, si bien no se debe mantener otra postura que la de aplicación general en todo el territorio nacional, también lo es que no es legítimo desvirtuar otras instituciones forales por la introducción de las nuevas leyes en su ordenamiento jurídico, y por eso lo que procederá es insertar tales leyes en el ordenamiento foral, respetando su actual régimen jurídico, que no puede ser cambiado por ciertas disposiciones de referencia a otras materias; así, por ejemplo, no se cambia el régimen foral de derecho familiar o matrimonial por las indicaciones que en orden a ellos contenga la legislación de ausencia. Pero fuera de estas alusiones a otras materias de derecho, las nuevas leyes se aplicarán, aunque contradigan el derecho foral, por cuanto que se trata de leyes posteriores al Código civil de general aplicación.

II

LAS REFORMAS EN PARTICULAR

Agotadas, a nuestro juicio, las razones que, de orden general, pueden aducirse en pro y en contra de la aplicación de los artículos 12 y 13 del Código civil a las nuevas disposiciones, vamos a reforzar nuestro parecer con otras razones que no tienen esa amplitud, sino que contraen su fuerza probatoria de la tesis que defendemos a cada una de las tres disposiciones de referencia

La ley de 8 de septiembre de 1939 sustituye, como es sabido, el título VIII del libro I por otro título VIII con reglamentación totalmente nueva, más adecuada a las exigencias de los tiempos por "la facilidad de comunicaciones consiguientes a los nuevos inventos (que) iba imponiendo ritmo cada vez más rápido a la adquisición de noticias y toda suerte de relaciones inherentes a la vida social". Pero, además de esta consideración, tomada de la exposición de motivos, se puede añadir que "esta exigencia (la de reformar el título VIII de la ausencia) ha tenido en estos últimos tiempos especial agravación, por sumarse a los motivos ordinarios de la ley las circunstancias excepcionales por que ha pasado nuestra nación, con su secuela de muertes desconocidas, crímenes reprobables y persecuciones inhumanas, originando situaciones jurídicas inciertas que es preciso resolver urgentemente". Y estas dos razones, que figuran en el mismo preámbulo de la ley, son de aplica-

ción general a todo el territorio nacional, porque para todo él han avanzado en una misma medida la facilidad de comunicaciones y el ritmo acelerado de todos los órdenes de la vida social; en cuanto a la otra dolorosa razón de los crímenes reprobables y muertes desconocidas que no han podido ser sometidos al control del Registro civil, hay que reconocer que no han sido privativos de territorios de derecho común, pues también las regiones forales conocieron luctuosos episodios de los que relata la exposición de motivos.

La nueva legislación de ausencia tiene una analogía notoria con las disposiciones que sobre inscripción de fallecimientos contiene la ley de Registro civil y las concordantes con la misma. Ambas producen un idéntico resultado: provocar una inscripción que acredite el fallecimiento de una persona, y los efectos de una y otra inscripción son los mismos, salvo algunas diferencias en sentido limitativo de sus efectos, con relación a la inscripción de declaración de fallecimiento (1). Desaparecida una persona, bien en un crimen reprobable, o en una acción de guerra, o en cualquier catástrofe de la que no se haya hecho el correspondiente procedimiento judicial (2), con su consiguiente mandamiento de inscribir las defunciones ocurridas (catástrofe de Peñaranda, por ejemplo), los fallecimientos se pueden inscribir primero al amparo del decreto de 8 de noviembre de 1936 (3) que ha sufrido reiteradas prórrogas (4), y entonces nos encontramos ante una inscripción de defun-

(1) Art. 195, párrafo 3.º: "La declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer nuevo matrimonio" Art 196 párrafos 2.º, 3.º y 4.º: "Los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento." "Hasta que transcurra este mismo plazo no serán entregados los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador, o los legados en favor de Instituciones de beneficencia." "Será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno solo no fuese necesaria partición, la de formar notarialmente un inventario de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles."

(2) La sentencia de 6 de abril de 1901 dice que los Tribunales pueden declarar la muerte cuando exista fundamento para afirmar que la desaparición se debe a haber sido víctima de un accidente desgraciado

(3) Por este Decreto, cuyo desenvolvimiento procesal está contenido en la Orden de 10 de noviembre de 1936, se permite la inscripción fuera de plazo de la muerte de personas ocurrida en circunstancias anormales, y si no es posible atestiguar el fallecimiento se consiente una declaración de desaparecido que a los cinco años se habría de convertir en presunción de muerte.

(4) Este Decreto ha sufrido sucesivas prórrogas hasta la de 1 de mayo de 1942, que prorroga indefinidamente el plazo de inscripción de fallecidos y desaparecidos. Esta prórroga indefinida desvirtúa en parte la argumentación que después trae el texto, pero sólo en parte, porque se pretende por el legislador armonizar este procedimiento anormal con el más técnico de la Ley de 8 de septiembre de 1939

ción como cualquiera otra, y, si no se hizo uso de este procedimiento, entonces cabe acudir a pedir una declaración de fallecimiento, que producirá los mismos efectos que las demás, pero con escasas limitaciones. Y cabe suponer que, con la aparición de la nueva ley de ausencia, esas disposiciones de circunstancia habrán quedado destituidas de vigor. Por tanto, resultaría anómalo pretender que una disposición técnica y durable que sustituye a normas transitorias sólo se aplicará en territorio de derecho común, dejando privadas a las legislaciones forales de todo medio de constatación de las defunciones no registradas debidamente. Unase esto a la consideración de que los preceptos de la ley de Registro civil son de aplicación general y deduciremos que los de la ley de ausencia, que son parecidos, también deben de tener una aplicación semejante.

Los preceptos de ausencia contienen nuevas instituciones, como la declaración de fallecimiento, que no se encuentra en el Código civil (tal como se publicó en 1889) ni en las legislaciones forales, porque no se da en Aragón, donde el Apéndice contiene una reglamentación raquítica, ni se encuentra en ningún otro Derecho foral, desconociéndose también en el Derecho romano, donde, salvo alguna opinión contraria (1), todos (2) coinciden en afirmar que el Derecho romano no contenía una reglamentación sistemática de la ausencia, si bien en él se daban decisiones de casos particulares. También es nueva la institución del Registro de ausentes, según afirmación reiterada de diferentes comentaristas (3). Ahora bien; conocemos que hay una jurisprudencia favorable a la introducción en el Derecho foral de las nuevas instituciones (4), y esta postura del Tribunal Supremo se legitima pensando que, de otra manera, el Derecho foral quedaría perennemente estancado en el punto en que estaba cuando los decretos llamados de Nueva Plan-

(1) Cossio. *Teoría general de la ausencia*, en "Revista de Derecho Privado", número 300, febrero 1942.

(2) *L'assenza nella storia del Diritto italiano*, en "Archivio Giuridico", 1866, páginas 477 y sigs; Fadda y Bensa: *Notas a las Pandectas de Winscheid*, tomo I, página 720; Masucci: *Voz Ausencia*, de la "Enciclopedia jurídica italiana", vol. I, parte IV, págs. 426 y sigs; Plaza en su Conferencia de 28 abril 1942 en la Universidad de Valladolid sobre "La nueva legislación de ausencia".

(3) Castán: *Notarías*, 1941, tomo I, págs. 164 y sigs.; Ogayar: *La novísima legislación sobre ausencia*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", mayo y julio-agosto 1941; Robles Fonseca: *La ausencia en el nuevo Derecho*, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1940, págs. 263 y sigs.; Puig Peña: *Introducción al Derecho civil español común y foral*, Barcelona, 1942, págs. 274 y sigs.

(4) Comp la nota 10.

ta suprimieron, cegándolas, las fuentes de producción de nuevo Derecho foral.

Existe el párrafo final del artículo 196, que nos proporciona una nueva razón en pro de la tesis que defendemos. Dice así ese párrafo: "La declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer nuevo matrimonio." Esta regla se interpreta por todos (1) en el sentido de que se admite por el Código la doctrina que contiene la instrucción de 20 de julio de 1868 (2) de la Sagrada Congregación del Santo Oficio, que permite el nuevo matrimonio del cónyuge presente cuando existe un convencimiento moral acerca del fallecimiento del otro consorte, aun cuando no se haya comprobado con certeza su muerte. La relación de este párrafo último del artículo 196 con el artículo 52 del Código civil es evidente. Además de que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, hay que añadir que la declaración de fallecimiento, aunque no disuelva el vínculo matrimonial (3) sí habilita, en ciertos casos, para contraer un nuevo matrimonio, lo cual contradice el artículo 51 y el número 5 del artículo 83, en cuanto al matrimonio del cónyuge presente se refiere. Vemos, por tanto, que el precepto del artículo 196, aunque fuera del título IV del libro I, con él tiene una íntima conexión, y si el legislador ha querido que las normas sobre matrimonio sean uniformes en toda la Península, también habrá que aplicar el último párrafo del artículo 196 a todo el territorio nacional; mas, para que pueda aplicarse en todo el ámbito de la nación, es preciso que todos los españoles, aforados o no, puedan ser declarados fallecidos al amparo de la nueva legislación de ausencia.

Observamos que en las distintas legislaciones forales, salvo en la

(1) Castán, Puig Peña, Ogayar, Robles Fonseca, en los lugares citados.

(2) Existen otras concordantes (S. O. 27 abril 1887, R. S. C. I. 18 julio 1900, etcétera). Pero la citada de la Sagrada Congregación del Santo Oficio es la que tiene más completa la doctrina.

(3) Lo que se dice en el texto pone de relieve los preceptos que el nuevo precepto plantea: ¿Cuál es el estado civil del cónyuge presente? Desde luego que viudo; pero para todos los efectos, incluso para la condición de naturales de los hijos que durante su *viudez* pueda tener? Podría ampararse esta calidad de naturales cabalmente en la habilidad para contraer matrimonio del padre o madre (cónyuge del ausente declarado fallecido) al tiempo de la concepción, con dispensa o sin ella (artículo 119, párrafo 2.º del Código). Y si se presenta el ausente, ¿cuál matrimonio habría que declarar disuelto, el contraído con el ausente o con el nuevo cónyuge? El caso está resuelto con referencia al matrimonio canónico, pero no con referencia al matrimonio civil.

aragonesa (1), faltan disposiciones sobre ausencia, y que en aquellas en que con carácter supletorio rige el Derecho romano, éste no sirve para llenar las necesidades que exige una reglamentación sistemática de la ausencia y de la declaración de fallecimiento. El Derecho canónico carece de semejantes disposiciones. Atendidas estas consideraciones, sería improcedente privar de un remedio legal a tantas situaciones de ausencia como se han de dar en la actualidad (y en el futuro también) en las regiones forales, pues precisamente los párrafos transcritos del preámbulo de la ley nos dicen que se trata de poner remedio a esas situaciones.

En el Apéndice foral aragonés hay unas pocas disposiciones sobre ausencia que, más que organizar un sistema propio y peculiar, se proponen adaptar la reglamentación de la ausencia de nuestro Código civil al sistema de derecho foral de referida región. Si ocurría esto en relación con el Código civil antes de reformarlo, con más motivo hay que mantener la aplicación de los nuevos artículos de ausencia. Esto es tanto más seguro cuanto que, según el artículo 13 del Código civil, éste es directamente supletorio del derecho foral aragonés, constituido en esta materia por los artículos 4.º al 7.º del Apéndice.

Todas estas razones, a nuestro modo de ver, no dejan lugar a duda acerca de la necesidad de aplicar la nueva ley de ausencia a las regiones forales, pero no en la misma manera que en las regiones de derecho común, porque no debe servir de amparo esto para que se produzcan trastornos jurídicos en el régimen familiar de esas regiones; nos referimos a patria potestad, poderes de la mujer casada, capacidad de los hijos para representar al ausente, etc. En los problemas que se relacionen con esto habrá que someter la ley de ausencia a las determinaciones especiales que contengan cada una de las legislaciones forales.

Pasemos a la reforma del artículo 396 del Código civil. Con relación a la nueva ley, tenemos que mantener idéntica postura que con respecto a la de ausencia.

Observamos, en primer término, la falta de disposiciones acerca de

(1) En Aragón, antes del Apéndice, se conocían dos clases de ausencia: la motivada por el servicio público y la debida a causas particulares. Respecto al primer caso regía el Fuero único "De privilegio absentium causa Reipublicae", de 1247, libro II, más tarde aclarado y ampliado por algunas Observancias. Respecto del segundo, estaban vigentes el Fuero Ut fratres de 1349, libro II y la Observancia 27 "De iure dotium".

la propiedad llamada horizontal (1) en el Apéndice y en las restantes legislaciones forales. Si consultamos a Batlle (2), nos enteraremos de que la institución no era desconocida a los romanistas, quienes, sin embargo, no estaban acordes en asignar a esta propiedad una naturaleza jurídica determinada. Sabemos que también se conoció la institución en ciertos países como consecuencia de la necesidad de aprovechamiento de los escasos solares edificables en el interior de los recintos amurallados en el interior de las fortalezas medioevales (3). Pero también sabemos que la propiedad horizontal, repudiada en el BGB. alemán y en el Código civil suizo como contraria a la claridad del Registro (se ampara, no obstante, en la legislación de los países (4) o de los cantones), no fué mal vista por el Código de Napoleón, de donde pasó al nuestro con una reglamentación inadecuada. Se le asignó la condición de ser una especie de copropiedad, y en cuanto tal, fué sometida por nuestro Tribunal Supremo a la amenaza de la "communi dividundo".

Precisamente la aplicación de la "actio communi dividundo" a la propiedad de casas por pisos ha sido lo que más enérgicamente ha actuado en favor de una reglamentación de esta propiedad especial.

Ha surgido con la ley de 26 de octubre de 1939 una figura de copropiedad en la que las participaciones en la comunidad (los elementos comunes en la ley) se mezclan con la propiedad individual en cada piso o parte de edificio: que sus titulares gozan de un derecho de tanto (y si éste ha de tener cumplido efecto, de un derecho de retracto (5) también), pudiendo inscribir su derecho en términos que salvan en lo accesorio el principio de especialidad hipotecaria después de

(1) Navarro Azpeitia en la Conferencia de Barcelona, publicada por el Colegio Notarial en 1942 con el título "Naturaleza y regulación de la propiedad de casas divididas por pisos o departamentos", págs 29 y sigs., prefiere hablar de parcelación cúbica.

(2) *La propiedad de casas por pisos*. Madrid, 1933, págs. 14 y sigs.

(3) Navarro Azpeitia, *Idem*, refiere además que es frecuente en aquellas ciudades asentadas en colinas, donde el desnivel del terreno consiente tener salidas los distintos pisos a la vía pública con independencia unos de otros.

(4) La ley de introducción del BGB contiene una fórmula relativa a propiedad por pisos en el art. 182, citado por Sanz Ibáñez en su Conferencia de Valladolid, "La propiedad de casas por pisos", el 28 de mayo de 1942.

(5) Cfr. Batlle: *La reforma del art. 396 del Código civil por la Ley de 26 de octubre de 1939*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Marzo, 1942; Tauet: *La propiedad de casas por pisos y la Ley de 26 de octubre de 1939*, en "Revista de Derecho Privado", 1940, págs., 109 y sigs.

haberle destruído en lo principal y reducido a la nada el de unidad de la finca (1).

Ahora bien: una comunidad sin acción divisoria, con derecho de tanteo e inscribibles sus participaciones como finca independiente, no sólo es una institución nueva para el derecho foral, sino que también lo es para el mismo derecho común, donde el anterior artículo 396 ya se mantenía, aunque a disgusto, en los moldes de la comunidad romana. De la misma opinión participa el Notario de Barcelona Sr. Navarro Azpeitia (2). Ahora bien; si admitimos que es una institución nueva la propiedad de casas por pisos, habrá que aplicar la doctrina jurisprudencial que extiende a todo el territorio nacional los efectos de las disposiciones que contienen nuevas instituciones. Además, al no haber disposiciones en las legislaciones forales, se aplicará en Aragón y Baleares el Código civil (art. 13), y consiguientemente la ley de 26 de octubre de 1939, y en las demás regiones el derecho supletorio, que en Vizcaya será nuevamente el Código civil, y en Navarra y Cataluña también el mismo Cuerpo legal, porque ni el Derecho canónico ni el romano (aparte ciertos pasajes del Digesto) conocieron una reglamentación de las casas por pisos.

Debemos tener en cuenta que en conexión con la reforma del artículo 396 del Código civil se modifica el número 3 del artículo 8.º y se añade el número 11 al artículo 107, ambos de la ley Hipotecaria. Ahora bien: la ley Hipotecaria es una ley de general aplicación que derogó ciertas formas de derechos reales en las regiones forales por chocar con los principios en que la nueva ley se apoyaba (así las hipotecas tácitas ante el principio de publicidad y las generales ante el de especialidad); únase esto a que sus preceptos son de orden público, como referentes a la organización de la riqueza inmobiliaria, y se sacará la consecuencia de que aplicado lo adjetivo a toda la nación, debe aplicarse también a toda ella lo sustantivo, y que ni siquiera al amparo de la libertad contractual (3) al menos para los efectos registrales,

(1) Plantea la reforma de la ley Hipotecaria casos de doble registración (*Doppelbuchungen*): la hoja de la finca entera y las hojas de cada uno de los pisos. Ello trae problemas interesantes de fe pública.

(2) Op. cit.

(3) Cfr. Navarro Azpeitia, op. cit., y Jerónimo González en las *Observaciones a López Torres*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, febrero de 1941, que discurren sobre el carácter de normas imperativas o no de las disposiciones de la ley de casas por pisos. También puso de relieve la importancia del tema el Notario Sanz Ibáñez en la citada Conferencia de Valladolid.

podría tolerarse una forma de propiedad por pisos que violentara los cauces por los que discurre el nuevo artículo 8.º de la ley Hipotecaria.

Si se tiene en cuenta que la propiedad especial de casas por pisos accede frecuentemente al campo legislativo, particularmente en los últimos tiempos, desde la modificación del Código civil belga en 1924 (1), pasando por las leyes especiales de Rumania en 1927, en Bulgaria en 1933, para terminar en la de Italia de 15 de enero de 1934, a la que cronológicamente sigue la nuestra, se deducirá que se trata de unas necesidades sentidas por igual en los distintos países y en España. Y si esto es así, y además se observa que Zaragoza es de las ciudades en que más se extiende esta manera de propiedad (2), hay que mantener la aplicación a todo el territorio de una obra legislativa ordenada al fin de "abrir un cauce jurídico a la libertad contractual" (Exp. de motivos).

Abordemos, finalmente, la ley de 5 de diciembre de 1941, que se refiere a la prenda sin desplazamiento. Por ella se adicionan como duplicados los artículos 1863 a 1873, formando la sección 2.ª al capítulo II, título XV, libro IV del Código civil. Como indica la rúbrica de la nueva sección, se trata de constituir un derecho real de prenda, en el que la posesión no se transfiere del deudor al acreedor. Esta nueva forma de prenda, que Royo conoce con el nombre de hipoteca inmobiliaria, viene a coincidir con los antiguos desenvolvimientos del Derecho romano, que no conocía distinción entre prenda e hipoteca; así se lee en D. 20, 1, 5, 1: "Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonum differt", y con referencia a la acción reipersecutoria a que dan origen la prenda y la hipoteca, se lee en la "Instituta", 4, 6, 7: "Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam attinet nihil interest". Mas con el tiempo, la palabra "pignus" se aplica al derecho de garantía con traspaso de posesión al acreedor, y la de hipoteca, a aquel en que no se traspasa la posesión, siendo indiferente que se trate de muebles o de inmuebles (D. 18, 7, 9): "Proprie pignus dicimus quo ad creditorem transit; hypothecam, cum

(1) Al decir de Navarro-Azpeitia (ob. cit.), la reforma española sigue fielmente las inspiraciones de esta ley belga.

(2) Cfr. Navarro-Azpeitia, eodem, y Palá Mediano: *La propiedad de casas por pisos o habitaciones*. Zaragoza, insertan en sus trabajos sendos modelos de escrituras de las que se usan en Zaragoza para el desenvolvimiento de esta figura especial de propiedad. Insistió también el Notario Sanz Ibáñez en la conferencia citada, en la parte importante tomada en la colaboración del concepto de propiedad por pisos por el Notariado de Zaragoza.

non transit nec possessio ad creditorem". Pero también en el Digesto aparece la tendencia a contraer el vocablo "pignus" a las cosas muebles, D. 50, 16, 238, 2: "Pignus proprie rei mobilis constitui".

El Apéndice foral aragonés carece de disposiciones sobre la prenda sin desplazamiento, y lo propio ocurre en las demás legislaciones forales. En Cataluña y Navarra, como es supletorio el Derecho romano, esta modificación de nuestro Código civil puede decirse que enlaza con los antiguos conceptos de prenda y de hipoteca, y que donde el Código dice ahora prenda sin desplazamiento, bien pudo decir hipoteca mobiliaria.

Repetamos aquí nuevamente el argumento de que se trata de una institución consagrada por las necesidades en todos los países bajo la forma de hipoteca hotelera, de ganado, de automóviles, prenda agrícola, etc. Y bajo esta última denominación también era admitida en nuestra Patria. De nuevo cabe afirmar la conveniencia de aplicar una ley que sirve a necesidades tan unánimemente sentidas en todas las naciones a todas las regiones españolas.

Pero hay una razón que abona claramente en favor de una aplicación general de la ley de 5 de diciembre de 1941. Copiemos de su Exposición de motivos el siguiente párrafo: "Novedad contractual que ganó insistentemente el asentimiento de los juristas y aparece consagrada en muchas modernas legislaciones. La nuestra, siempre reacia a la modificación de las leyes sustantivas, no pudo menos de recoger esta variación, que rompía en este punto la clásica distinción entre la prenda y la hipoteca, y así un Real decreto de 22 de septiembre de 1917, en uso de la autorización conferida por ley de 2 de marzo del mismo año, establecía y regulaba los préstamos con garantía de prenda agrícola sin desplazamiento, otro Decreto de 29 de noviembre de 1935 confería idéntico derecho a los tenedores de aceite, regulándose tales préstamos en el reglamento de 17 de enero de 1936, y a mayor abundamiento, una ley reciente, de 17 de mayo de 1940, autorizó al Instituto de Crédito para la reconstrucción nacional, a fin de que pudiera conceder préstamos a industriales con garantía pignoratícia y sin desplazamiento de su propia maquinaria cuando se hallase sita en inmuebles de propiedad ajena."

Hemos copiado este párrafo de la Exposición de motivos porque pone bien de manifiesto que existían precedentes de la ley de prenda sin desplazamiento, muy importantes por su doctrina y por las posi-

bilidades de combinaciones crediticias a que daba origen. Es cierto que la ley de 5 de diciembre de 1941 no contiene una norma derogatoria de disposiciones legales anteriores, pero en la propia Exposición de motivos se lee a continuación del párrafo antes transcrito este otro: "Todo ello patentiza la necesidad apremiante de cubrir un vacío de nuestro Código civil por medio de una disposición legal que satisfaciendo conjuntamente exigencias doctrinales, legislativas y prácticas, abarque la generalidad de los casos e incorpore al Código este contrato de prenda sin desplazamiento, también denominado de hipoteca mobiliaria, anticipado por el uso y hasta la fecha carente de verdadera definición en nuestros cuerpos legales."

Y aunque esto no es más que formulación de un deseo legislativo que no es de tener en cuenta a efectos interpretativos, sin embargo, se puede sostener la derogación de esos cuerpos legales (por lo menos, el Decreto de prenda agrícola) en lo relativo a la hipoteca mobiliaria, porque hay una forma de derogación tácita, o sea por incompatibilidad entre unas leyes y otras posteriores referentes a la misma materia legislativa.

Una vez adquirida esta seguridad de que la ley de 5 de diciembre de 1941 sustituye a las anteriores, y en especial a la de prenda agrícola de 1917, que era una ley de general aplicación, es pertinente hacer uso de la jurisprudencia que mantiene la extensión a todas las regiones españolas de los preceptos del Código que sustituyen a leyes generales, que es precisamente el caso de que nos ocupamos.

Después de este recorrido creemos justificada la opinión que estampamos al principio de que las reformas de la ausencia, de la propiedad de casas por pisos y de la prenda sin desplazamiento se aplican en todo el territorio nacional. La realidad, que tiene más fuerza que todos los razonamientos doctrinales, nos muestra que la ley de ausencia está siendo aplicada en esta forma; lo propio ocurrirá con la de casas por pisos y con la de prenda sin desplazamiento, sobre todo en cuanto a esta última, desde que se publique el Reglamento de ejecución a que alude el artículo adicional de la ley de 26 de octubre de 1939.

IGNACIO SERRANO

Catedrático de Derecho civil de Valladolid.

La ejecución procesal en la ley Hipotecaria (*)

V

EL PROCEDIMIENTO

2. Enajenación de los bienes: la subasta. B) Su celebración.

B) Cumplidas las condiciones precedentes, el acto de la subasta puede celebrarse (1). Puesto que los bienes han sido ofrecidos ya de la manera pública que conocemos, el acto de la subasta, en sentido estricto (remate), comprenderá *la oferta* de los que pretenden adquirir el inmueble, la *puja* entre ellos, la *aprobación del remate* y la *adjudicación* de los bienes. Pero como la primera de estas operaciones puede no llegar a existir por falta absoluta (si nadie quiere adquirir los bienes) o relativa (si nadie ofrece el tipo mínimo señalado) de postores, la Ley tiene que arbitrar un procedimiento para facilitar, en tales casos, el seguimiento de la ejecución; ello se obtiene mediante la rebaja del tipo en nuevas subastas o mediante la posibilidad de que las fincas sean adjudicadas al acreedor. Ordenando esta serie de problemas, nosotros estudiaremos *la oferta*; quién puede hacerla, con qué garantías y por qué cuantía mínima; rebaja de ésta en las subastas sucesivas; la *puja* entre los oferentes, con la *aprobación del remate* y la *adjudicación*.

(*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

(1) Las disposiciones antes citadas de 1936, 37 y 38 establecieron, además, una suspensión legal del régimen de subasta, para evitar la excesiva depreciación de la propiedad inmueble. La naturaleza transitoria de dichas normas explica que no hagamos ahora de ellas un comentario más extenso.

a) La oferta es, como su mismo nombre lo indica, una propuesta en el acto de la subasta, de entrega de una cantidad determinada (precio) a cambio de la propiedad de los bienes ejecutados.

¿Quiénes pueden hacer ofertas en una ejecución procesal? Puesto que se trata de una declaración de voluntad *negocial*, la capacidad de obrar (o de obligarse) que conoce el Derecho civil será, sin duda, requisito indispensable. El problema es si hace falta también, puesto que el remate constituye un auténtico acto procesal, la capacidad para actuar procesalmente, lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento denomina capacidad "para comparecer en juicio" y se conoce en la doctrina con la simple expresión de "capacidad procesal". En la mayor parte de los casos no surgirá, sin embargo, cuestión alguna, porque coinciden una y otra exigencia, al remitirse al art. 2.º de la Ley de Enjuiciamiento "al pleno ejercicio de los derechos civiles"; en los supuestos excepcionales en que no coincidan capacidad de obrar y capacidad procesal, estimamos más aceptable, en teoría, la solución de considerar a ambas como necesarias para la validez de la oferta (1), pero no vacilamos en admitir que el hecho de haber excluido la Ley Hipotecaria, con un cuidado casi absoluto (2), el uso de la palabra "juicio" para designar el procedimiento "sumario", y el de que la Ley de Enjuiciamiento designa a este grado de capacidad como la exposición de aptitud "para comparecer en *juicio*", puede servir a la práctica para una interpretación más amplia que la que las puras exigencias del concepto—que nunca deben ser decisivas—consienten.

Para tomar parte en la subasta como postor es preciso garantizar las posibles obligaciones que se contraigan. La garantía a este respecto—muy común en este tipo de enajenaciones—es el depósito o consignación de una parte del tipo marcado para la subasta: el 10 por 100, a tenor de la regla 14 del art. 131, según la que los postores "deberán consignar, en el Juzgado o en el establecimiento destinado al efecto, el 10 por 100 del tipo de la subasta, para poder tomar parte en ésta".

Del afianzamiento se exceptúa tan sólo al acreedor demandante (la misma regla, al principio) (3). La antigua redacción de la Ley Hipotecaria eximía de esta carga también a los acreedores posteriores, apar-

(1) Así, el menor emancipado por concesión no podrá realizarlas sin la asistencia de su padre, madre o tutor. Contra Rosenberg, ob. cit., pág. 659

(2) Excepción: la regla 2.ª del artículo 131, al principio

(3) Hubiera sido más propio decir "ejecutante"

tándose de lo dispuesto en el art. 1.501 de la Ley de Enjuiciamiento, que no excluye de la consignación del depósito más que a dicho ejecutante. Hemos de suponer que los abusos de la práctica, aunque la doctrina no se diera perfecta cuenta de ellos (1), indujeron al restablecimiento del criterio vigente en la legislación común, reforma que se hizo en virtud de la Ley de 27 de agosto de 1932, por la cual la regla 14.^a del art. 131 quedó redactada en la forma siguiente: "El acreedor demandante podrá concurrir como postor a todas las subastas y no necesitará consignar cantidad alguna para tomar parte en la licitación. *Todos los demás postores deberán consignar*", etc.

Ultimamente, la oferta está sujeta en su cuantía a una limitación, por virtud de la cual aquellas proposiciones que no alcancen un mínimo fijado por la Ley, no pueden ser admitidas. Según la regla 9.^a del artículo 131, "servirá de tipo para la subasta el pactado en la escritura de constitución de hipoteca, y no se admitirá postura alguna que sea inferior a dicho tipo".

Esto quiere decir que el valor pactado en dicha escritura es el que determina la postura mínima. Ahora bien: sabemos, por lo que más arriba se dijo que esta fijación del precio es absolutamente convencional y no tiene garantía alguna de aproximarse a la realidad; en la práctica, pues, la postura mínima tampoco puede responder de ello; pero es que, además, la oferta *real*—que tiene que ser, en el fondo, más amplia que la que se declara—está sujeta a variaciones subjetivas en extremo peligrosas.

Para comprender este defecto de nuestro procedimiento, supongamos el caso de una finca sobre la que pesan derechos preferentes a los del acreedor ejecutante, y supongamos que en la escritura de constitución de la hipoteca por que se ejecuta se dió al inmueble un valor de 50.000 pesetas. La postura mínima en la subasta serán 50.000 pesetas también, pero como el adquirente necesita no sólo pagar esas 50.000 pesetas, sino cargar con las responsabilidades preferentes, podrá decirse que su oferta de 50 000 pesetas es, en realidad, más amplia (50.000 + el valor de tales responsabilidades). Y como dicho valor no se ha fijado de una manera objetiva, la *oferta real* depende, en último

(1) Hasta el punto de que Manresa (ob. y tomo citados, pág. 714) juzgaba que sería de buen efecto la introducción de la exención de los acreedores posteriores en la ley de Enjuiciamiento.

término, de un cálculo personal, subjetivo, que pone en riesgo al postor, como alguien acertadamente ha dicho, y que subordina el resultado de una subasta a la mayor o menor audacia y datos de que disponga uno de los licitadores.

Es preferible, con mucho, el sistema de *fijación objetiva* de las cargas preferentes que deban subsistir. Este sistema tiene, no obstante, tres exigencias que en nuestra Ley Hipotecaria no se recogen hoy: *a'*), la indicación taxativa en la Ley de cuáles son los derechos preferentes al del ejecutante que se transmiten al que adquiere el inmueble; *b'*), la determinación por el Juez del valor de esos derechos en cada caso concreto; *c'*), la prohibición de admitir ninguna oferta que no cubra, por lo menos, el importe de tales derechos (entre los que se cuentan las costas de la ejecución) y el crédito del ejecutante, lo que es en el Derecho alemán el contenido de la llamada "oferta mínima" (*geringste Gebot*) (1). La Ley de 1909 olvidó que el principio de subrogación por ella recogido necesita para su perfecto funcionamiento la adopción de otro principio: el de la "cobertura" (*Deckungsprinzip*), que impide aceptar en la subasta una oferta que "no cubra"—de ahí su nombre—el valor de las cargas preferentes y el resto de conceptos antes aludidos.

En algunos Juzgados se realiza, no obstante, un trámite de fijación de los derechos preferentes, bien por el Juez, bien por peritos, etcétera (2). Supongamos ahora que ello fuera admisible; una vez calculado el valor de las cargas preferentes, ¿debe descontarse su importe del valor pactado en la escritura, para determinar así la postura mínima? (3). A nuestro juicio, no, porque si en algunos casos dicha postura mínima se correspondería, en efecto, con la realidad, cuando el importe de las cargas se ha tenido ya en cuenta por

(1) Se dirá que desde el momento que los derechos preferentes continúan subsistiendo, en todo caso, y no se destina a su extinción el precio del remate, no hay por qué comprender en la "oferta" su importe; pero ya hemos visto que si dicho importe no es fijado de antemano y exigido, la "oferta declarada" no coincide con la "oferta real", y la variación depende del arbitrio de cada postor.

(2) J. González, en el art. cit. supra pág. 50: La práctica de dicho trámite y el descuento del importe calculado para fijar la postura mínima chocan, no obstante, con el texto de la regla 5.^a del art. 131. La Ley de 1909 suprimió el trámite para evitar incidentes (Alvarez Guijarro), lo que nos hace pensar que no había una perfecta conciencia de su necesidad.

(3) La fórmula en este caso se expresaría así, siendo *Pm* la postura mínima, *V* el valor pactado y *C* el importe de las cargas preferentes que deben subsistir:

$$Pm = V - C.$$

acreedor y deudor, la oferta mínima resulta exigua, con todos los inconvenientes que ello supone para los interesados en la ejecución.

Es preferible, por el contrario, *añadir* el valor de las cargas al pactado, para obtener así el importe de la postura mínima ($P_m = V + C$) y descomponer a su vez el total de ésta en dos conceptos: uno, igual al valor pactado, que se paga inmediatamente (1) otro, igual al valor de las cargas subsistentes, que no se abona, sino que constituye una responsabilidad—fija en su cuantía, y de ahí la importancia de que en la oferta total se haga constar—para el adquirente.

Con objeto de aclarar en lo posible el significado de cada una de estas soluciones, pongamos como supuesto el de una finca cuyo valor real sean 50.000 pesetas. Sobre ella pesan una primera hipoteca a favor de A., por 20.000 pesetas, y una segunda hipoteca a favor de B. (acreedor ejecutante), por valor de 15.000.

Ejemplo núm. 1: Aplicación del *sistema de descuento*.

Caso 1.º Que las partes hayan fijado el valor de la finca en la escritura, sin atender a las cargas preferentes:

$$P_m = 50.000 - 20.000 = 30.000 \text{ pesetas.}$$

No se admitirá ninguna oferta que no alcance a 30.000 pesetas. En este caso no hay inconveniente práctico, porque aunque la *oferta declarada* sean 30.000, la *real* ($30.000 + 20.000$ de que responde el adquirente) coincide con el valor real o calculado de la finca, y la oferta real, aunque no se exprese, se conoce de una manera objetiva, puesto que la cifra de 20.000 ha sido fijada por el Juzgado. Pero supongamos

Caso 2.º Que las partes hayan descontado ya el valor de las cargas y así hayan fijado a la finca un valor de $(50.000 - 20.000) = 30.000$ pesetas. Si el Juzgado *descuenta nuevamente*, tendremos que

$$P_m = 30.000 - 20.000 = 10.000 \text{ pesetas.}$$

postura que, sobre no cubrir el crédito del ejecutante, es, evidentemente, exigua, dado el valor real de la finca.

Ejemplo núm. 2: *Aplicación del sistema de la adición*.

Caso 1.º Si las partes no han tenido en cuenta el valor de los

(1) Lo que se llama en la técnica alemana que, no obstante, difiere todavía en algunos puntos de la propuesta, "Bargebot".

derechos preferentes y fijan el precio en 50.000 pesetas, la postura mínima será:

$$P_m = 50.000 + 20.000 = 70.000 \text{ pesetas.}$$

De estas 70.000 pesetas, 50.000 serán pagadas al contado; el resto constituye la responsabilidad que el adquirente tiene que soportar. Si la postura mínima resulta en este caso excesiva, él podrá corregirse con la celebración de una nueva subasta; pero, sobre todo, el defecto no es imputable al sistema, sino a la excesiva valoración que los interesados han hecho del inmueble.

Caso 2.º Que las partes descuenten el importe de las cargas y fijen el valor de la finca en $(50.000 - 20.000) = 30.000$ pesetas:

$$P_m = 30.000 + 20.000 = 50.000 \text{ pesetas,}$$

de las que 30.000 serán objeto de pago inmediato, y el resto equivale a las cargas subsistentes.

Este sistema, como se ve, tiene la triple ventaja de fijar de antemano el valor de los derechos preferentes, hacer coincidir la oferta real con la declarada y respetar, en todo caso, la valoración dada a la finca por los interesados.

Si la postura mínima no se alcanza en la subasta, la Ley, para facilitar la ejecución, permite la adjudicación al acreedor por el tipo marcado o la práctica de ulteriores remates con rebaja del tipo señalado. Este criterio puede parecer, en principio, más equitativo que el de suspender la ejecución y no volver a dar lugar a ella hasta que uno de los acreedores preferentes la inste, con lo que, disminuyendo el importe de las cargas preferentes de que ha de responder el adquirente, aumentan las posibilidades de enajenación (1); pero la práctica ha demostrado que la admisión de tres subastas, siendo la tercera sin sujeción a tipo, hace inútiles muchas veces las dos primeras, porque los presuntos adquirentes se reservan para la última, en la que encuentran mayores facilidades para la adquisición.

El sistema legal, en caso de no obtener postura mínima en la primera subasta, se desarrolla en la siguiente forma:

(1) Lo que puede, sin embargo, no ocurrir si en la escritura de este nuevo ejecutante se fija a la finca un valor superior que no guarde proporción con la disminución de las cargas que se produce

1.º Se concede al acreedor ejecutante la opción entre la adjudicación de las fincas en pago de su crédito o la petición de una segunda subasta.

a') A lo primero hace referencia la regla 10 del art. 131, al decir que "si no hubiese postura admisible en la primera subasta, el acreedor podrá pedir la adjudicación de la finca o fincas en pago de su crédito por el tipo de aquélla, aceptando la subsistencia de las cargas anteriores y las preferentes, si las hubiere, y subrogándose en la obligación de satisfacerlas".

b') A la otra posibilidad alude la regla 11, según la cual "si no conviniese al acreedor la adjudicación, podrá solicitar la celebración de segunda subasta, para lo cual servirá de tipo el 75 por 100 de la primera, sin que se pueda admitir postura inferior a dicho tipo". La práctica de esta segunda subasta equivale casi totalmente a la de la primera que examinamos con más detalle, y difiere de ella en dos puntos tan sólo: a'), en quien puede pedirla, ya que la regla 11 transcrita parece admitir únicamente al acreedor y no al deudor o tercer poseedor, como la 7.ª; b'), en la fijación de la postura mínima, que se reduce a las tres cuartas partes (75 por 100 de la anterior).

2.º Si la mayor oferta obtenida en la segunda subasta no alcanza el mínimo fijado, se reproduce la opción legal al acreedor en los siguientes términos:

a') Puede el acreedor pedir la adjudicación por el tipo de la segunda subasta, con la misma condición (aceptación y subrogación de cargas) señalada en la regla 10 (regla 11, *in fine*) (1).

b') O puede "solicitar la celebración de tercera subasta, sin sujeción a tipo, pero con las condiciones establecidas en la regla 8.ª" (que son las mismas de la 10, recién citada); regla 12: La práctica de esta subasta también coincide en sustancia con la de la primera, pero varía: a'), en que sólo podrá pedirla el acreedor; b'), en que no existe tipo mínimo de ofertas; c'), en que, en consecuencia, la fianza necesaria

(1) En la ley de Enjuiciamiento la adjudicación al acreedor se hace siempre rebajando el tipo de la subasta, lo mismo de la primera que de la segunda (dos tercios en cada caso). Este criterio es más lógico que el de la ley Hipotecaria, donde no se comprende por qué el acreedor que no ha ofrecido en la subasta el precio exigido, pudiendo hacerlo, va después a pedir la adjudicación por ese mismo precio. En el sistema de la ley procesal la facultad concedida podía servir para evitar la celebración de una nueva subasta: en el texto hipotecario no tiene, en cambio, fácil justificación.

para intervenir, que se fija en función de dicho tipo (regla 14), habrá de ser marcada en cada caso por el Juez (1).

A su vez, cabe suponer tres hipótesis, una vez realizada esta tercera subasta: *a''*), que no haya postura ninguna (2); *b''*), que la postura máxima alcance sólo una cantidad exigua; *c''*), que la postura llegue a rebasar el tipo mínimo de la segunda subasta (75 por 100 del valor pactado).

a'') En el primer caso, la ejecución quedará, como es natural, interrumpida. El acreedor podrá, si quiere, acudir con su título al ejecutivo ordinario, donde pueden quedar embargados otros bienes del deudor (no sólo los hipotecados) y satisfacer con su realización el importe de su crédito.

b'') y *c''*) En el segundo y tercer caso, el remate, por el contrario se aprueba y se procede a la adjudicación; pero si la postura es exigua (caso 2.º), la Ley concede a las partes un nuevo medio para defender sus intereses.

¿Cuándo debe considerarse una postura como exigua para la producción de este efecto legal? Según la Ley de Enjuiciamiento, cuando no alcance los dos tercios del tipo para la segunda subasta (artículo 1.506); la Ley Hipotecaria es más exigente y considera como tal a toda postura que sea inferior a la segunda (regla 12).

El remedio legal para evitar la adjudicación por un valor inferior al real consiste en la facultad de *mejorar*, que autoriza la misma regla 12 (3) en los siguientes términos: "Si la postura fuese inferior al tipo de la segunda, podrá el actor, el dueño de la finca o un tercero autorizado por ellos, mejorar la postura en el término de nueve días, y en ese caso será admitida definitivamente la postura superior. Si transcurriesen los nueve días sin que mejorase la postura, se aprobará el remate." La mejora consiste, por tanto, en la presentación de una oferta superior a la máxima de la tercera subasta, y sobre ella conviene observar que: *a'''*), pueden mejorar el actor y el dueño de la finca (no, por tanto, el deudor, a diferencia de lo prescrito en el artículo 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento) o un tercero autorizado

(1) Morell: Ob. y tomo cit., pág. 130.

(2) Lo cual puede suceder si los derechos preferentes (que pasan al adquirente) exceden o igualan al valor real de la finca.

(3) No, por consiguiente, en la posibilidad de librar los bienes pagando al acreedor, como permite el art. 1.506, párrafo 3.º de la ley de Enjuiciamiento.

por ellos, autorización que puede hacerse mediante una comparecencia ante el Juez (1); b'''), la mejora no produce una nueva puja entre el licitador anterior y el que mejora, como en la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 150), lo que por alguien (2) se criticó en la discusión parlamentaria; c'''), que *el plazo de nueve días* sin haber mejorado precluye la posibilidad de hacerlo; la aprobación del remate anterior no exige, a nuestro juicio, instancia de parte (3).

JAIME GUASP

Catedrático de la Universidad
de Barcelona

(Concluirá en el número siguiente.)

(1) Aragonés: Ob. y loc. cit.

(2) Bugallal, Higuera: Ob. y loc. cit.

(3) Contra Morell: Ob. y tomo cit., pág. 131.

¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?

CONCEPTO Y BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE ESTA INSTITUCIÓN.—LA ADOPCIÓN EN NUESTRA CODIFICACIÓN CIVIL: PROYECTOS DE 1836-1844 A 1848 (CIRILO ALVAREZ) Y 1851.

Antes de iniciar el estudio que encabeza estas líneas, hemos de advertir:

Primero: Que el epígrafe que utilizamos es acomodaticio, sin que, por lo tanto, esté en nuestro ánimo considerarlo aplicable literalmente, pues de su simple lectura se desprende que ha de referirse al supuesto de que el padre adoptante que en la escritura de adopción se comprometió a instituir heredero a su hijo adoptivo, no lo haga así por causas que se reserve, o, por el contrario, *le desherede*, valga la frase, de un modo expreso; y segundo: Que aprovechando el tema objeto de este somero estudio, queremos señalar de un modo claro el momento del entronque de esta institución en nuestro vigente Derecho, con el fin premeditado de divulgar las circunstancias que en ello concurrieron, para que el lector pueda darse cuenta perfecta de la oportunidad o no de incluirla en el Código, y especialmente el valor que el legislador le concedió al hacerlo.

De esta forma, aun a trueque de separarnos del tema que venimos a tratar, ayudamos, en la medida de nuestras fuerzas, a poner en claro una de las instituciones más ambiguas y deformadas que, por herencia de nuestros mayores y a punto de consumirse en la hoguera de los siglos, continúa en la Ley por obra y gracia de las ocurrencias de un

Vocal de la Comisión de Códigos (1). que había nacido y residía en Andalucía. Y así no es extraño que M. Scaevola (2) empiece sus comentarios sobre esta materia diciendo que "se puede comparar a un árbol corpulento y frondoso del que se hubieran ido podando ramas hasta dejar sólo el tronco." Así ha quedado la adopción en el Código, reducida a su más mínima expresión.

Tampoco puede, pues, extrañar que el Sr. Danvila, en las observaciones que hizo, como miembro de la Comisión, al proyecto de Código civil antes de su publicación, pregunte: "¿Por qué se suprime en el nuevo Código la abrogación reconocida por nuestras leyes? Sus efectos—dice—son distintos y más amplios que los de la adopción."

Esta es la situación creada con el tránsito brusco de uno a otro Derecho. El porqué de semejante transformación y el concepto que hoy lleva en el Código, juntamente con los efectos de orden práctico, así como la oportunidad o inoportunidad de semejante cambio, es lo que deseamos hacer ver en este trabajo

En Roma se legisló ampliamente sobre el particular, ya que de esa forma se encontraba un medio de evitar la extinción de una familia, contingencia muy temida por el pueblo romano.

Los germanos la desconocen (3); las Partidas la reproducen, y en los Fueros, si exceptuamos Aragón (4), no se encuentra.

No descubrimos nada nuevo si decimos que la voz griega *ecopocetabae* significa adoptar; pero si nos denota que los romanos, entre los que adquirió tan gran desarrollo y fué tan bien vista, no la crearon.

Para Arias Ramos (5), esta palabra indica, en su acepción latina, "extraño que se agrega a una familia"; queda, pues, fuera toda idea familiar que se funde en otros vínculos.

La arrogación se hacía solemnemente y con intervención de los Pontífices y Comicios; la adopción como una triple venta (6).

Y en cuanto a los efectos (seguimos a este autor) en el *jus civile*, al morir sin testamento el *de cujus* le sucedían, en primer lugar, los herederos *sui*, considerándose como tales a los que, de cualquier forma, se

(1) Véase García Goyena *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852.

(2) *Código civil comentado y concordado*. Madrid, 1903.

(3) Manresa *Comentarios al Código civil*.

(4) Costa: *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*.

(5) Arias Ramos: *Derecho Romano*. Editorial "Revista de Derecho Privado".

(6) Nótese su origen, que más adelante nos ha de justificar su carácter.

encontraban sometidos a su patria potestad, que era precisamente lo que determinaba el vínculo o unión, sin tener para nada en cuenta la sangre o proximidad parental. Por eso el hijo adoptivo era *heres suus*, mientras que el hijo natural de sangre y matrimonio, que se hubiera emancipado, no lo era (Ley de las XII Tablas).

Más tarde el Pretor se hace intérprete del común sentir, que reacciona ante estas injusticias, y va paliando poco a poco sus efectos en sucesivos edictos, encaminados a colocar la familia natural al lado de los bienes, independientemente de su situación, y así en la *bonorum possessio unde liberi*, por ejemplo, llama a todos los que el Derecho civil considera como *sui*, y además a los hijos legítimos del difunto, aunque estuvieren emancipados, excluyendo a aquellos a quienes se hubiese concedido la emancipación sin ser descendientes del *de cujus*, en cuyo caso se encontraba el hijo adoptivo que aquél hubiese emancipado con anterioridad.

El Derecho imperial continúa por el camino emprendido, extendiendo cada vez más este derecho de sucesión a la familia natural.

Es Justiniano, para el célebre romanista Sohm (1), el que incluyó nuevamente en estos derechos al hijo adoptivo, simplificando también la fórmula de la adopción, mimada por él—que consistía en un acto jurídico realizado entre los dos padres ante los Tribunales y en presencia del hijo—recogiendo una práctica muy constante y antigua—esto es interesantísimo a nuestra tesis, pues existe noticia, según Mitteis (2), citado por este autor, de que en el siglo IV ya se dió, o al menos se publicó—cuántos habría—un caso de adopción *por simple contrato escrito*.

También es Justiniano quien priva a la adopción, en determinados casos, de fundamentar la patria potestad, creando así la *adoptio minus plena*, con efectos en la sucesión *ab intestato* del padre adoptante. Para Sohm, se debió a ingerencias helénicas, si bien Mitteis, H. Peters y otros tratadistas creen tiene su origen en el Derecho clásico.

Diocleciano crea una adopción especial que puede conferirse por *rescripto del príncipe* a la madre a quien se le hayan muerto todos sus hijos. Esta forma, muchos siglos después, iba a ser reproducida como original por el proyecto de Código civil de 1836, como se verá más abajo.

Y en cuanto a los derechos hereditarios, nudo gordiano de este tra-

(1) Instituciones de Derecho Privado Romano.

(2) *Über drei neue Handschriften.*

bajo, observamos que la Novela 118 perfila ya, de un modo fijo, la sucesión legítima considerando al hijo adoptivo equiparado al hijo de sangre e incluyéndole, por lo tanto y como consecuencia de ello en el primer grupo de los llamados a esta sucesión. Y como Justiniano había extendido el derecho sucesorio en forma que el hijo adoptivo se seguía considerando cognaticio de su padre natural, resulta doblemente favorecido, ya que puede suceder a los dos. Es, pues, esta adopción la que ha pasado a nuestros textos, cuando el adoptante no tenía relación alguna de índole familiar con el adoptado y en ella se le reconocía este derecho a heredarle *ab intestato*; idea que se afirma y encuentra en todas las leyes y que constituyó una de las consecuencias más perseguidas en la vida práctica.

Y así vemos esa doctrina corriente en las Leyes 5.^a, título 6.º, libro III, y 1.^a, título 22, libro IV del Fuero Real; 8.^a y 9.^a, título 16 de la Partida IV, y 1.^a y 7.^a, título 20, libro XVI de la Nov. Recopilación; insistiendo machaconamente en que el adoptado era heredero *ab intestato* del adoptante que no tuviere descendientes (1) ni ascendientes legítimos o naturales; pero no se le concedía porción legitimaria y podía ser *preterido* en testamento.

Y en cuanto a la desheredación, en el *ius civile* les estaba prohibido hacerlo de antemano, aunque sí podían instituirlos de esa forma.

Con este concepto y bagaje pasó a nuestro Derecho histórico, y al iniciarse la codificación, en el artículo 2.266, sección 2.^a, capítulo IV, libro IV del Proyecto de Código civil de 1836, que es una refundición del malogrado del Sr. Cambronero, se determina el derecho a percibir alimentos de los bienes hereditarios, entre otros, a los hijos legitimados por real gracia o adoptivos; y líneas después, en el 2.267, se dispone que estas personas no podrán pedir alimentos "cuando sucedan *ab intestato* o reciban una porción legítima conforme a lo dispuesto en los artículos 2.263 y 2.264", entre los cuales, desde luego, no se encuentran los adoptivos.

Respecto a la desheredación, que epigrafía como *exheredación* en la sección 4.^a, señala el art. 2.320 "que la Ley permite al testador dexeredar a las personas que tienen derecho a percibir una porción legítima o cuota hereditaria.

(1) En 1915 se dictó una sentencia que recogía este mismo concepto Véase ampliamente comentada en "Revista de Legislación y Jurisprudencia", año 1916, tomo 128, en un documentado artículo del Sr. Castán.

Como el hijo adoptivo no es legitimario, no le comprende; pero, en cambio, el art. 2.322, al señalar los hechos que pueden motivar esta desheredación, determina en su número 1.º: "El haber atentado de cualquier modo contra la vida del textador." "En este caso—dice—se puede privar al desheredado hasta de los alimentos, que se le deben con arreglo a lo dispuesto en el art. 2.266"; lo que nos hace ver en el proyecto un caso de desheredación del hijo adoptivo, ya que, según él, tiene derecho a alimentos.

El título XI de ese mismo proyecto, libro I, está dedicado a la institución que venimos estudiando. En el capítulo I, art. 370, se define la adopción diciendo que "es un acto solemne en virtud del cual se recibe por uno como hijo propio al que naturalmente lo es de otro".

Por lo curiosas, así como desconocidas, que son las circunstancias que exige, las transcribimos a continuación; éstas son:

1.ª Que el adoptante sea mayor de cincuenta años y tenga dieciocho más que el adoptado.

2.ª Que cuando se verifique la adopción no tenga el adoptante hijos legítimos, legitimados o naturales solemnemente reconocidos, ni descendientes legítimos o legitimados de cualquiera de aquéllos.

3.ª Que si fuese casado el adoptante, consienta expresamente en la adopción su mujer, y que ésta sea mayor de cuarenta años.

Por parte del adoptado se exige:

1.º La edad de dieciocho años cumplidos (art. 372), en el caso de no tener padres, ni ascendientes, ni hermanos mayores de veinticinco años; y en el de tenerlos, que haya sido abandonado por todos ellos en los términos que declara el art. 125 (1).

2.º Que los mayores de dieciocho años que se hallen en el caso prevenido en el número anterior, presten para este acto su *expreso* consentimiento. (Nótese, una vez más, su fondo contractual)

3.º Que el adoptado sea mayor de siete años, en el caso de tener padres legítimos o ascendientes o hermanos mayores de veinticinco años, y que éstos den su consentimiento o consejo hasta la edad y por

(1) Este artículo hace relación a los hijos descendientes o hermanos que hayan sido abandonados por sus padres, ascendientes o hermanos, en virtud de lo cual les exige de la obligación de pedirles el consentimiento para el matrimonio.

El artículo siguiente define el abandono diciendo que es el descuido de su educación y alimentos

el orden que para poder contraer matrimonio se establece en el artículo 115 y siguientes (1).

4.º Que no haya sido adoptado anteriormente por otra persona, o que, en el caso de haberlo sido, hubiera cesado la adopción o declarado nula.

Entre las prohibiciones señala la de la mujer, a no ser mayor de cuarenta y cinco años y en unión de su marido, o que hubiere perdido un hijo en defensa del Estado, en este último caso siendo viuda y sin hijos propios (2). La de los tutores y curadores

Como formalidades ordena la comparecencia ante el Juez del domicilio del adoptado, donde se prestará el consentimiento y justificarán los demás requisitos que determina, o en su caso se fundamentará y justificará la negativa. Probando al mismo tiempo la capacidad para estos actos

Si se negare el consentimiento a los mayores de dieciocho años, habían de ser manifestados los motivos por escrito, y acerca de ellos decidiría el Juez, con audiencia del Promotor fiscal, admitiéndose contra el auto el recurso de apelación.

Si la adopción se verifica, se daría cuenta de ello, dentro del término de cuarenta días, al Ayuntamiento del domicilio del adoptante, a fin de que se tomara razón de la misma en el padrón de nacidos.

Contra la adopción así realizada, únicamente pueden reclamar los herederos del adoptante y del adoptado.

Como efectos, señala los ya conocidos de alimentos recíprocos, patria potestad, etc. pero hay un artículo, el 382, que merece estudio: dice así: "El hijo adoptivo no transmite a sus descendientes y herederos los derechos que tiene respecto a su padre adoptante, *sino en el caso de haber éste muerto antes que aquél.*" Obsérvese, pues, cómo hace un entronque similar al de la familia natural, con la excepción del derecho de representación, que es precisamente lo que prohíbe. Es decir, justifica, una vez más, la propiedad en los bienes heredados.

En el art. 383 se determina: "Los derechos del padre y del hijo adoptivo a sus respectivas herencias se fijan en los títulos de las sucesiones testamentarias e intestadas." Y termina el título dedicado a esta materia.

(1) Se refiere a los menores de veinticinco años, por cierto que en el art. 121 hace extensiva esta obligación al hijo adoptivo

(2) Véanse líneas antes la adopción especial creada por Diocleciano

Y, efectivamente, en el art. 2.211 del capítulo II, libro IV, titulado *Sucesiones*, se dispone en su número 7.º, después de los descendientes, ascendientes, hermanos, etc., y, por lo que a la sucesión se refiere, "hijos adoptivos a los cuales sucederán por el mismo orden sus padres"; esto, naturalmente, por lo que afecta a la sucesión intestada. El número siguiente llama a los naturales.

Y el art. 2.213 manda que todos los que se hallen en el mismo grado del orden de preferencia, hereden igual parte.

Para la preferencia (art. 2.214) se atiende a la proximidad de grado entre los de la misma clase.

En noviembre de 1844, D. Cirilo Alvarez, por encargo de la Comisión de Códigos, redactó un proyecto de Código civil. En el título V, libro I, trata de la adopción, materia que desenvuelve en los arts. 210 a 224. En ellos vemos esta institución ya casi perfectamente delimitada en el sentido que hoy la conocemos (en cuanto a capacidad, exige la edad de cuarenta y cinco años en el adoptante); tan es así, que nos parece estar leyendo el título correspondiente de nuestro vigente Código.

Hay algunas particularidades, como, por ejemplo, la de exigir solamente la diferencia de diez años entre adoptante y adoptado, en vez de quince, siempre que concorra alguna de estas circunstancias: "que el pretendido adoptado haya salvado la vida a su futuro adoptante en combate, incendio o naufragio".

Se exigía también el consentimiento del menor adoptado al llegar éste a la mayor edad, y si se tratase de un niño sin nombre ni familia, debería éste, aun siendo menor, dar su consentimiento, así como también las personas que le prestasen socorros, si vivía en su compañía.

Existía una prohibición expresa que no ha pasado a nosotros, y era la de que los imbeciles e incapacitados mentalmente no podían ser adoptados (art. 220).

Y en cuanto al problema que hoy nos ocupa, reproduciremos sus artículos: el 222 "El adoptante adquiere sobre el adoptado la patria potestad, con todos los derechos inherentes a ella"; y el 223 "El adoptado lleva el apellido del que le adopte y *sucede en sus bienes a éste*, aunque con posterioridad a la adopción le hayan nacido hijos legítimos; pero no podrá usar los títulos de la familia del adoptante."

En el art. 224 se determina, a este respecto, que "el adoptado no pierde los derechos que le correspondan en su familia natural, salvo

las modificaciones *que se acuerden* (1) *en cuanto a los derechos hereditarios*".

Este Proyecto sirvió de discusión al del 51, en el que en la copia original de su libro I, título V, se regula la adopción, que ocupa todo el título (arts. 144 a 158).

Sus cinco primeros artículos no difieren del anterior (2); únicamente, al decir el art. 148 "los cónyuges *conjuntamente* pueden adoptar", está tachado con trazo grueso la palabra *conjuntamente* e intercalada entre el texto del artículo después de la de adoptar, de forma que el párrafo queda, en esa parte, redactado así: "*Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente* .", que, como observará el lector, coincide con el núm. 4.º del art. 1.174 del Código civil vigente. En el artículo siguiente se ofrece una notable novedad, y es que al señalar los requisitos precisos para la adopción, determina, entre otros, que el demente, para ser adoptado, *necesita el consentimiento de su curador*, prueba de que no se le impide ser adoptado, con lo que varía en este particular, también, del Proyecto de D. Cirilo Alvarez.

Para realizar ésta, fija un procedimiento muy curioso, entre cuyas prácticas está la de comparecer ante el Alcalde del pueblo.

Por lo que a nuestra materia se refiere, determina exactamente igual que el proyecto anterior, aclarando en su art. 156 "que el adoptante y el adoptado adquieren el derecho de heredarse *ab intestato* conforme a las reglas establecidas en el título de las herencias" ..

Y en cuanto a la desheredación, en este Proyecto se dice ser sólo posible respecto a los herederos forzosos. Si bien en el art. 64, capítulo VIII, sección 1.ª del libro III, *De testamentos*, dice al final, textualmente: "Los hijos adoptivos y los legítimos reconocidos podrán ser desheredados por las mismas causas."

No son de extrañar estas coincidencias, ya que, como antes advertimos, esta parte fué tomada literalmente del Proyecto de D. Cirilo Alvarez y presentada a discusión de la Comisión, por su Ponente en 1847.

La Ponencia no debió ser del agrado de la Sección, por lo que vemos que más tarde se le encargó al Sr. García Goyena otra sobre el mismo título, que efectivamente presentó a discusión. En ella, y al hablar de

(1) Véase cómo se va perfilando el concepto que hoy tiene en nuestro Derecho.

(2) No nos referimos en este momento al proyecto del 51 que se vulgarizó después, sino a su formación y estudio, tal como iba saliendo de las sesiones

las causas de desheredación, ya no nombra a los hijos adoptivos, sino que se refiere a los "hijos y descendientes, padres y ascendientes".

Tampoco señala a los adoptivos como herederos *ab intestato* (1).

Este Proyecto lo hizo Goyena modificando el anterior, al recoger las enmiendas presentadas por los Vocales durante las innumerables sesiones dedicadas a su estudio.

En el año 1849 se forma un nuevo proyecto, que fué titulado: "Primera revisión del Código civil, por la Sección del mismo."

En el art. 148 de este proyecto se dispone: "El adoptante y el adoptado adquieren el derecho a heredarse *ab intestato* conforme a las reglas establecidas en el " Queda lo siguiente en blanco, y al margen hay una nota que dice: "Téngase presente si se ha de conservar este artículo y si se *han de poner algunos relativos a él* en el título de herencias."

Pero el art. 765 de este Proyecto, que es al que podía hacer referencia, sólo dice: "Repudiando el pariente si es solo, o todos los parientes más próximos llamados por la Ley, heredarán los de grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante."

Y en cuanto al orden de suceder, lo limita en el décimo grado, y faltando a la congruencia, a pesar de lo establecido en el art. 148, no llama a los adoptivos.

Henos aquí, pues, en el punto neurálgico del problema, ya que, a partir de este momento, la adopción toma en nuestro Derecho un significado completamente distinto al de su concepto consustancial e histórico.

¿Por qué se realizó este cambio? ¿Qué circunstancias intervinieron en ello, máxime teniendo en cuenta que el Derecho extranjero (2), tan fielmente seguido por el legislador, o la había suprimido en aquellos momentos, o la admitió con todas sus consecuencias?

No nos queda otro remedio que dejar desbordar la fantasía ante la falta de textos y datos en qué fundarnos.

Hay dos hipótesis con visos de posibilidad ante estos hechos:

Una, que hubiese surgido seria oposición, en el seno de la Sección del Código civil, ante esta figura jurídica, y que, venciendo sus destructores, lograran, si no suprimirla, sí *mutlarla*.

(1) Sesión de la Comisión de Códigos de 26 de febrero de 1850

(2) Códigos prusiano, francés, belga, austriaco, guatemalteco, etc

Datos en que la fundamos: los dos Proyectos contradictorios que hay sobre los libros I y III, donde se estudia y complementa, y, sobre todo, los comentarios del Sr. García Goyena al Proyecto Oficial del año 1851. Señalando, incluso dentro del campo problemático de esta primera hipótesis, a este Vocal como su más significado detractor.

La otra, que fuere un olvido. Nos da pie para hacerla la consideración y meditación de la nota marginal, antes transcrita, al artículo 148 del primer original.

Esto es, que los redactores se olvidaran de colocar en el título correspondiente de herencias aquel artículo que el revisor propuso, y ante este hecho, el temor a romper la sistemática del Código, se dejara en esa forma para un futuro retoque. Este llegó, y en vez de añadir el artículo pedido, se suprime el otro.

Abogan en pro de esta hipótesis la consideración de que el Proyecto de 1851, definitivamente redactado por la Comisión y que se conoce realmente como tal, en los pocos artículos que dedica a la materia cambia por completo su sentido: así el art. 141, que sustituye al 148 citado, determina: "El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos, pero no adquieren derecho alguno a heredarse sin testamento: el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural." Ahora bien, y con ello exponemos los temores que ante esta segunda hipótesis, y por lo que a su posibilidad se refiere, nos asaltan: si cada Vocal hizo cuantas observaciones creyó oportunas, y a la vista de los diversos proyectos que se presentaron, sobre todos y cada uno de los libros, hubo muchas sesiones, innumerables, donde se estudiaron, discutieron y pusieron en claro los diferentes problemas que de antemano se iban planteando los Vocales: si todo el Proyecto, como consecuencia de ello, está presidido de un criterio uniforme y armónico y se realizaron varias revisiones, como lo prueba el que éstas vayan numeradas, ¿cómo pasó ese olvido?

Nosotros, puestos en trance de dar opinión y teniendo que optar forzosamente, nos inclinamos a la primera hipótesis e insistimos en que, a nuestro juicio, la institución fué mutilada por creer que su objeto había concluido (1) y no considerarla necesaria un grupo, tal vez el más selecto, de Vocales de la Comisión.

Poco más podemos decir de su historia.

(1) Véanse los derechos que el Proyecto concede a los hijos naturales

En la información pública suscitada a propósito de este Proyecto, es únicamente la Universidad de Salamanca la que hace alguna alusión a esta institución. Y así el informe que emite, en cumplimiento de la Real Orden de 12 de junio de 1851, dice a este respecto:

"Es cuestionable si debieran o no abolirse las adopciones. La opinión no las favorece mucho. La Comisión las respeta por una justa consideración a los sabios autores del Proyecto."

Con esto se nos muestra claramente el estado de nuestra ciencia del Derecho privado, tan romanista entonces, y a pesar de ello en contra de una de las instituciones más mimadas por este Derecho. No nos extrañará, por ello, la pugna que en torno a su inclusión en el Código de 1851 fué suscitada; los proyectos contradictorios que sobre la materia surgieron y, por fin, su exclusión casi completa del mismo.

Otras objeciones de menos importancia hace sobre el particular el Claustro de Salamanca, a más de indicar, y con esto vemos una vez más el concepto de la ciencia de aquella época, que sería muy oportuno declarar aquí (se refiere al art. 141, que señalaba los efectos de la adopción) que el hijo adoptivo es posterior en el derecho de alimentos a los hijos naturales de todas clases y a los ascendientes del adoptante en la misma forma, y viceversa.

Por lo que se refiere a la extinción de sus efectos, le parece más oportuno que éstos tengan término por la supervivencia de hijos legítimos, creyendo que esto es más conforme al espíritu del artículo 134 del Proyecto.

Y no cabe la menor duda de que, si así se hubiera hecho, teniendo en cuenta el concepto nuevo de la materia que este informe demuestra, la cuestión hubiese sido distinta; pues aunque del significado que la adopción tenía y lo que representaba en el campo romano y en su nacimiento y esplendor, no le quedase más que el nombre, su regulación dentro del terreno de la contratación así la considera.

Para convencernos de este aserto no tenemos más que leer la adición que propone al art. 138, al decir "el menor y el demente pueden impugnar la adopción al salir del estado que hizo, respectivamente, necesaria la intervención de sus representantes en la misma".

Es decir, algo así como lo dispuesto por el art. 1.301 en su último párrafo, en relación con el 1.300 de nuestro vigente Código civil, aclarado, entre otras, por la sentencia de 31 de mayo de 1912, por lo que

se refiere a la acción de nulidad que esas disposiciones conceden a los menores para pedir la de los contratos celebrados a su nombre.

El Código de 1889 recoge esta institución, y aunque tiene la virtud, según el Sr. Castán (1), de unificar las distintas especies y asimilar la que haga la mujer a la hecha por el varón, dando libertad a aquélla para esto, los inconvenientes al regularla en la forma que lo hace exceden a sus ventajas; pues, a más de los corrientes, que no ha habido autor (2) que no haya señalado, especialmente por lo que se refiere a los casi solos efectos en orden al padre adoptante, para nosotros tiene el enorme de haberla incluido en su articulado, y hecho esto, el confusionismo que tanto en la doctrina como en la práctica ocasiona con su desgraciado artículo 177; donde, ante la fría realidad de los hechos, no caben artilugios ni componendas como la que en sus considerandos, inaceptables de todo punto, hace la sentencia de 19 de abril de 1915, tan conocida, dictada a consecuencia de litigio planteado por la interpretación de una escritura de adopción en la que los padres se comprometían a instituir heredera en su testamento a la adoptada, en la porción que a favor de los hijos legítimos establecieron las leyes, sentando esta peregrina doctrina: "Que la jurisprudencia contemporánea es intérprete dedicado a suplir omisiones involuntarias de algún concepto dado, en que los redactores de preceptos legales hubieren podido o puedan incurrir..."; lo que significa que los Magistrados, al ver el contrasentido del Código en esta parte, lo interpretan a su manera, y esta manera es conforme al Derecho histórico; en un todo contrario al Derecho vigente, donde, en su elaboración y por lo que a esta materia toca, no hubo olvidos ni omisiones involuntarias, como hemos demostrado hasta la saciedad, sino cambio completo en el concepto de la institución.

Por eso no podemos admitir, en buena regla, que, excediéndose en su papel, digan estos mismos jueces "que la exclusión de la herencia a la adoptada significa olvidar el concepto jurídico de la adopción y separarse de las reglas del Derecho general de sucesión, restringiendo, en contra del orden moral y público de nuestro país, los efectos de la misma en contra de nuestra vieja legislación y del mismo Derecho extranjero". "Quieren—continúan—salvar el concepto fundamental de esta institución", y no sólo eso, sino que incluso suplen las reglas en

(1) Lugar citado.

(2) Comas, M. Scaveola, Manresa, Valverde, De Diego, Castán, etc.

materia de sucesiones, opinando que "estas personas deben ocupar en la sucesión un lugar adecuado a su especial condición".

Y si esto es así, y la interpretación estuviese ajustada a la Ley, ¿por qué se suprime de nuestro Derecho y se borra del Proyecto que sirvió de base al de 1851? ¿No tenían nuestros legisladores a mano el Derecho histórico?

Pero es más: esos mismos argumentos, ¿por qué no se emplean para defender como obligatoria en los testamentos la institución de heredero, o la validez del testamento mancomunado, o el hecho por comisario, pongo por caso, y la de tantas y tantas instituciones jurídicas de nuestro antiguo Derecho que el Código civil vigente suprime o transforma? Y, sin embargo, parecerá absurdo a cualquiera defender semejante pretensión

Ahora bien: para nosotros, y en la misma sentencia hay materia en que fundarnos, pues llama a esta figura *convención bilateral concertada entre el adoptante y el adoptado*, el Código suprime de propósito—ya lo hemos visto—los efectos históricos de esta institución, dejándola reducida a un puro contrato, no nos atrevemos a decir de beneficencia, como lo llama un autor, porque en la adopción que regula hay, por ambas partes, cargas y obligaciones (1) que exceden a esta causa.

Y en ese sentido es considerada por la mayor parte de nuestros civilistas. Así, el Sr. Castán, en el lugar citado, considera que se le da por el Código "un puro carácter contractual opuesto al de institución del Derecho de familia que ha tenido siempre, y se altera el tradicional principio español prohibitivo de los pactos sucesorios"

M. Scaevola (2), al preguntar: "¿Qué es la adopción?", contesta que la sola lectura del art. 178 del Código, donde se habla del consentimiento del adoptado o de las personas que suplan su incapacidad legal, basta para convencerse de que es un contrato.

"En efecto—dice—, hallamos la causa, la voluntad manifiesta, en el consentimiento y lo que pudiéramos llamar contenido, o sean las recíprocas obligaciones y derechos de adoptante y adoptado. Es decir—continúa—, concurren los tres requisitos esenciales en todo contrato, según el art. 1.261: consentimiento, objeto y causa, o sea—ter-

(1) Todavía es objeto de gran discusión el problema de si la patria potestad es un derecho o un deber.

(2) Obra citada.

mina—el sentimiento de liberalidad del bienhechor, para usar de las mismas palabras que emplea el Código civil.”

Esos requisitos del art. 178, así como el derecho a impugnarlo dentro de los cuatro años de la mayor edad o desaparición de la incapacidad que determina el art. 180, bien a las claras nos descubren su fondo contractual que para nosotros tiene desde su mismo origen; pues en Roma, como el padre era dueño de su hijo, al dar el consentimiento, lo cedía. Con ello se establecía una relación jurídica de tipo contractual entre el padre natural, firmante, y el padre adoptante.

El mismo art. 177, en su tercer párrafo, lo proclama cuando dice, refiriéndose al pacto sucesorio que haya sido incluido en la escritura, “esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante”.

J. ROBLES FONSECA,

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

(Continuará en el próximo número.)

Sobre el recargo del 25 por 100

Creemos que nuestros lectores nos agradecerán la inserción de la consulta y resolución de la Dirección General de lo Contencioso que a continuación publicamos, con la venia del Jefe de la Sección del impuesto de Derechos reales de esta REVISTA CRÍTICA:

CONSULTA

Ilmo. Sr.: La liquidación del impuesto de Derechos reales de las sucesiones abintestato, con prórroga o incursas en multa, entre colaterales de tercero y cuarto grado, suscita la duda, diversamente resuelta, de si los intereses de demora, el recargo del 3 por 100 y las multas (ya correspondan éstas al Tesoro, al Liquidador o a ambos) deben determinarse sólo sobre el principal de la cuota o sobre ésta, recargada en el 25 por 100.

El Liquidador que suscribe entiende que tanto los intereses de demora como el recargo por prórroga y las multas deben calcularse sobre la verdadera cuota, es decir, sobre la suma del principal de la misma y el 25 por 100, fundándose en las siguientes consideraciones:

a) El espíritu de las Circulares de esa Dirección de 5 de junio de 1920 y 30 de septiembre de 1922.

La primera de ellas, dictada a raíz de la Real orden de 25 de mayo de 1920, al indicar la forma de hacer constar, en los diversos documentos de la contabilidad del impuesto, el recargo del 25 por 100 establecido por la Ley de Reforma tributaria de 29 de abril del propio año, para las herencias abintestato entre colaterales desde el tercer grado inclusive, dice que "si bien cabe involucrar dicho recargo, adicionándolo, sin especificación, a las cuotas, y, por tanto, también al concepto derivado de los honorarios que en función de las cuotas se

determinan. , tal especificación es absolutamente indispensable, en lo que a las cuotas se refiere, para fines estadísticos y como medio único de conocer la trascendencia que, en relación con el rendimiento del impuesto, tenga la disposición legal. No ocurre lo mismo—añade—con los honorarios, pues en cuanto a ellos, su cuantía o importe total es el único dato que por el momento interesa, independientemente del concepto que los produzca; por lo que los honorarios continuarán mencionándose. , cifrándolos por su importe total, sin detallar lo que proceda del principal de las cuotas liquidadas y lo que corresponda, en sus respectivos casos, al recargo establecido. Por el contrario—continúa diciendo—, respecto a las cuotas liquidadas, la separación de ambos conceptos se hará siempre”, del modo que establece, en las hojas de liquidación, en el libro diario de liquidaciones y en los estados mensuales de valores, aunque no en las cartas de pago.

Según la Circular de 30 de septiembre de 1922, “el 10 por 100 de la liquidación suplementaria recaerá también sobre el recargo de 25 por 100 aplicable a las herencias abintestato desde el tercer grado colateral”, pero no sobre el antiguo recargo con destino a retiros obreros, por tratarse, para todos los efectos, de una liquidación especial y aparte.

Aunque ambas Circulares sean anteriores a la Ley y Reglamento de 1941, el contenido transcrito de las mismas debe estimarse vigente en cuanto que no ha sido modificado posteriormente, ni se halla en oposición con las disposiciones en vigor; antes bien; constituye acertada aplicación de los artículos 31, párrafo 5), y 120, párrafo 2), del Reglamento de 26 de marzo de 1927, reproducidos sin variación en los sucesivos Reglamentos.

b) La interpretación dada a las Leyes de moratoria promulgadas en años anteriores. Algunas de ellas otorgaron la condonación de los “recargos” en que hubieran incurrido los contribuyentes, a pesar de lo cual no se consideró aplicable dicho beneficio al recargo del 25 por 100.

Es decir, que, a diferencia de las multas, del recargo por prórroga y de los intereses de demora, el aludido recargo del 25 por 100, establecido únicamente en consideración al parentesco entre el causante y sus herederos y a la falta de disposición testamentaria reguladora de la sucesión, forma parte integrante de la cuota misma, a efectos fiscales. En rigor, equivale, unido al principal de la cuota; a otro número de Tarifa; la vigente pudo haber conservado la misma numeración de

conceptos que la Tarifa de 1932, habiendo reducido el ámbito de aplicación de los números 36 y 37 de esta última a la sucesión testada, y refiriendo los números 38 y 39 a la sucesión intestada de los mismos colaterales. No otra es la pauta marcada por los artículos 114 y 116 de la Ley de 16 de diciembre de 1940, en relación con el recargo para retiros obreros, hoy refundido en la cuota (a través de los nuevos tipos). a pesar de implicar dicho recargo una liquidación especial, completamente independiente.

Resumiendo: la verdadera cuota está constituida por el principal de la misma (aplicación estricta del respectivo tipo de tarifa) y por el tan repetido recargo; si, en los documentos de la contabilidad del impuesto, se especifican separadamente ambos conceptos, en lugar de consignar una sola cantidad total, como cuota del Tesoro, no es por consideraciones jurídicas, sino meramente estadísticas: el 10 por 100 de las liquidaciones suplementarias y el 2,50 por 100 de honorarios, conceptos derivados que en función de la cuota se determinan, según los Reglamentos de 1927, 1932 y 1941, recaen sobre el recargo abintestato.

En consecuencia, los intereses de demora, el recargo por prórroga (lo mismo que la bonificación por anticipo) y las multas de los artículos 221 y 223 al 225 del vigente Reglamento, conceptos todos igualmente derivados que también en función de la cuota se determinan, deben recaer así bien sobre el recargo del 25 por 100. La letra del Reglamento es la misma y *ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio juris esse debet*.

No obstante, por no compartir otras Oficinas liquidadoras el criterio expuesto y en defecto de disposición taxativa, tengo el honor de acudir a V. I. en consulta sobre los extremos a que anteriormente se hace referencia, en evitación de posibles perjuicios para el Tesoro.

Dios guarde .—Sepúlveda 24 de enero de 1942.—*El Liquidador*,

—Ilmo. Sr. Director General de lo Contencioso del Estado.

RESOLUCION

Vista la consulta formulada por el Liquidador del Impuesto de Derechos de reales de Sepúlveda, sobre . y .

Resultando: Que dicho Liquidador promueve consulta a este Cen-

tro, en escrito de fecha 24 de enero último, entendiendo que , fundándose:

Considerando: Que el recargo de que se trata obedece a las doctrinas comúnmente admitidas en los tratadistas, entre otros, por los muy conocidos Flora y Gide, de que la "transmisión" otorgada por el legislador al sucesor, sobre todo cuando se trata de sucesiones abintestato

Considerando: Que el precedente razonamiento pone bien de relieve el carácter del referido recargo en cierto modo, y sin duda alguna, como participación que el Estado toma en el caudal de las sucesiones a que afecta, como reconoció la Circular de este Centro de 5 de junio de 1920, si bien, por motivos estadísticos y para mostrar el rendimiento recaudatorio de este recargo, dispuso que en las hojas de liquidación, libros y estados de valores se cifrase por separado, con relación a la cuota del Tesoro, proclamando, sin embargo, que se establecía en función de la misma.

Considerando: Que constituye un precedente analógico para resolver acerca de la consulta lo dispuesto en la Circular de esta Dirección General de 30 de septiembre de 1922, con referencia a la liquidación del 10 por 100 en las liquidaciones suplementarias

Considerando: Que constituyendo el recargo del 25 por 100 de las herencias abintestato una adición o acrecentamiento de tales cuotas, sobre ellas, y dicho recargo, sumados, deben recaer los intereses de demora, recargo del 3 por 100 motivado por el otorgamiento de prórrogas, y dichas multas.

Considerando: Que es facultad atribuída a este Centro, en el número 3.º del artículo 146 del Reglamento del Impuesto, la de resolver las consultas de carácter general sobre aplicación de sus disposiciones, cabiendo conceptuar como tal la presente.

Por las razones expuestas,

La Dirección General de lo Contencioso del Estado resuelve la consulta formulada por el Liquidador de Derechos reales de Sepúlveda en el sentido de que los intereses de demora, el recargo de 3 por 100, reglamentario, por concesión de toda prórroga (al igual que la bonificación por anticipo), y las multas de los artículos 221 y 223 al 225, los dos inclusive, del vigente Reglamento, conceptos todos íntimamente relacionados, y en función de la cuota del Tesoro, deben recaer sobre

ésta y además sobre el recargo del 25 por 100 aplicable en las liquidaciones que se practiquen por el impuesto de Derechos reales en las sucesiones abintestato con prórroga o incursas en multa, entre colaterales de tercero y cuarto grado. Madrid, 13 de marzo de 1942.

JOSÉ LUIS MENA.

Registrador de la Propiedad.

Situación legal de los contratos de arrendamientos de fincas rústicas, otorgados sin los requisitos de forma exigidos por la Ley de 15 de marzo de 1935, de fecha posterior a la misma y anteriores a la Ley de 28 de junio de 1940

I

Aplicación de las disposiciones transitorias de la Ley de 28 de junio de 1940

Estamos en presencia de actos que generan relaciones de tracto sucesivo, con el contenido del contrato histórico y nominado arrendamiento, cuya trascendencia jurídica nos proponemos estudiar.

Consignamos en primer término, como circunstancia más destacada, la de que tal relación nació antes del día 28 de junio de 1940, fecha de la Ley, y que continúa después, sin que exista el mutuo acuerdo de las partes para someter el contrato a la nueva regulación legal, pues en este caso el problema se reduce a celebrar nuevo contrato con los requisitos materiales y formales que la Ley exige. (Disposición transitoria primera de la Ley de 28 de junio de 1940.)

Por haber nacido antes y subsistir después, la relación económica o jurídica de nuestro estudio se halla en el tránsito de una a otra legislación, por lo que se rige, en primer término, por las disposiciones transitorias de la Ley de 28 de junio de 1940; y no existiendo el mutuo acuerdo a que nos referíamos en el párrafo anterior, será de aplicación la disposición transitoria "segunda", establecida para los casos que *no se convenga* en continuar el régimen arrendaticio, con arreglo a lo establecido en la disposición primera.

La disposición transitoria "segunda" distingue los siguientes casos:

a). Que la relación se debe a contrato, válido, eficaz y formal, sin que el tiempo de su vigencia se haya extinguido aún, o que, extinguido, fuera prorrogado por la voluntad de las partes.

b) Que subsiste por la prórroga del arriendo, nacida, no del acuerdo, sino de la voluntad de una sola parte o por consecuencia de las disposiciones del Poder público, re restrictivas de la acción de desahucio.

c) Que dicha relación sea consecuencia, no de un contrato inicial, legal, eficaz y válido, sino de un hecho al margen del Derecho, intrascendente para éste.

Resumen: los incisos a) y b) rigen para los contratos válidos; el inciso c), para las situaciones opuestas a la anterior. Las reglas contenidas en los tres incisos comprenden todos los actos o contratos generadores de la relación de hecho o jurídica, del contenido de fondo del contrato de arrendamiento; la totalidad de ellos se desdobra en una gama de legalidad que teniendo por denominador común la falta del "mutuo acuerdo" es comprensiva, desde la legalidad absoluta de los contratos formales e inscritos, hasta la ilegalidad delictiva de la usurpación, y por los principios de derecho de analogía se halla en ellos comprendida, si fuere admitida, la ilegalidad tolerada de los contratos intrascendentes, judicialmente, de los actos o contratos de nuestro estudio.

II

Ilegalidad de estos actos o contratos

La Ley de 15 de marzo de 1935 adopta el sistema formulista de contratación al declarar que para los contratos de arrendamiento de fincas rústicas *que en lo sucesivo se concierten*, serán de obligatoria aplicación las normas estatuidas en la misma, de tal manera imperativas, que no podrán ser modificadas por pacto en contrario de los contratantes. El segundo párrafo del mismo artículo 1.º dispone que también han de regirse por los preceptos de la misma Ley todos los actos y contratos de igual naturaleza.

El artículo 5.º de la Ley especial previene que todo contrato de arrendamiento deberá extenderse por escrito y contener los requisitos que en el mismo se expresan. El artículo 6.º de la misma dispone que los contratos de renta superior a 5.000 pesetas necesitan, además, para

su validez. primero, que se formalicen en escritura pública; segundo, que ésta se ajuste a los modelos oficiales, y tercero, que, además, se inscriba en el Registro especial que por la misma Ley se crea; sin cuya inscripción no podrán los contratantes *utilizar los derechos y ejercitar las acciones* que respectivamente se les reconoce en esta Ley. Como complemento de lo expuesto, la disposición final segunda de la Ley de 15 de marzo de 1935, que deroga los preceptos del Código civil y demás leyes de carácter general que se opongan a lo estatuido por esta Ley. Lo anterior se confirma por los artículos 56 y 58 de la Ley, 5 y 24 del Reglamento de 27 de abril de 1935, y el Decreto de 29 de agosto del mismo año.

Legalmente se establecen una forma y unos requisitos y solemnidades sin los cuales no se pueden utilizar derechos ni ejercitar acciones reconocidas en la Ley. La eficacia, la validez de los derechos y el ejercicio de las acciones dependen del rito, sin él, el contrato es en contra de lo establecido en la Ley, ya que por esto su ordenación no queda al arbitrio de las partes contratantes, siendo de aplicación el artículo 4.º del Código civil, que proclama la nulidad de todos los actos contrarios a lo dispuesto en la Ley, y el artículo 5.º del propio Código, que implícitamente declara que la vigencia de la Ley sólo depende de otras leyes posteriores y en ningún caso de la voluntad de los contratantes.

III

Inexistencia. nulidad radical

La ilegalidad vista del contrato de arrendamiento es equivalente a la no existencia jurídica, no existe el contrato cuando falta la causa de las obligaciones que en el mismo se establecen, y en el contrato legal de arrendamiento la causa es la forma, sus solemnidades su inscripción: no lo es el fondo, el contrato subyacente, como pasamos a demostrar.

Según el artículo 1 274 del Código civil, en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación, promesa de una cosa o servicio por la otra parte.

En el contrato de arrendamiento es causa para el arrendatario el disfrute de la cosa arrendada: para el arrendador es causa el pago del

precio y los demás derechos que en el mismo se establezcan. Por el artículo 13 de la Ley de 1935, el arrendatario está obligado a pagar el precio; esta obligación no existe, no es exigible en los contratos que no están inscritos, ya que el arrendador carece de derecho y acción para hacerla efectiva, por lo que el precio no es obligación o promesa, y al no serlo no existe causa, siendo ésta, por lo tanto, la forma del contrato; con ella existen derechos; sin ella no existe causa; sin causa no hay contrato (art. 1.261 del Código). Inexistencia.

Por lo expuesto, el contrato formal, mejor dicho, el documento con los requisitos y solemnidades—letra de cambio, papel moneda, testamento, etc.—, representa siempre un patrimonio en el orden económico. El mismo documento sin los requisitos no es nada, pues los requisitos son su causa, y el artículo 1.275 del Código civil determina que los contratos sin causa no producen efecto alguno.

Este contrato no puede ser confirmado ni ratificado, como pasamos a exponer:

a) El artículo 1.310 del Código, por el que sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos del artículo 1.261. No son confirmables ni ratificables los contratos inexistentes, al margen de la Ley, con causa ilícita o sin causa, porque, como hemos visto, éstos son inefectivos y equivalentes a la nada jurídica, que, como el cero en Matemáticas, por mucho que sobre él se opere, su resultado será siempre la nada o el cero.

b) Lo que no permite el artículo 1.255 del Código al consentimiento expreso, menos podrá permitirse al consentimiento tácito o presunto contenido en la ratificación o confirmación.

c) La nulidad del acto ilegal es siempre radical, de no admitirse el absurdo de que la voluntad de los contratantes, manifestada en la confirmación y ratificación, pudiera derogar una ley prohibitiva, contra lo prevenido en el artículo 5.º del Código civil.

d) Solamente son confirmables los actos anulables, los que legalmente tuvieren una vida aparente, con los requisitos necesarios, y un vicio de posible invalidación, pero no aquellos como el que nos ocupa, que no ha nacido para el derecho, que es inexistente y que no genera derechos ni acciones.

e) Las obligaciones nulas por sí mismas no son confirmables ni por el juez ni por la Ley. (*Digesto*, libro XLIV, título 8.º, ley 27).

f) La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1928,

por la que la nulidad que proviene de terminante declaración de la ley es absoluta, por afectar al interés público. La misma Sentencia declara que la nulidad de un acto jurídico es el vicio que impide que produzca efecto.

g) La Sentencia del mismo Alto Tribunal de 8 de marzo de 1929, que declara que la palabra nulidad comprende actos que se deben considerar como no sucedidos, por adolecer de vicios esenciales que afectan a su validez y por referirse al orden público no pueden ser objeto de ratificación.

h) Las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo y 30 de septiembre de 1929, por las que se establece la diferencia entre lo rescindible, lo anulable e inexistente, entendiéndose por esto último la cualidad de los contratos de carecer de los requisitos esenciales para su validez. Con ello queda evidenciado nuestro tema.

IV

Imposibilidad de aplicar el derecho del artículo 1.279 del Código civil

Es de aplicación, en su totalidad, al tema de este epígrafe lo que dejamos expuesto sobre la ratificación y confirmación, pues la facultad que dicho artículo permite a los contratantes no es más que una modalidad de confirmación y ratificación, y que, como las de su clase, tiene por finalidad la purificación del contrato válido, eficaz y subsanable.

No podemos aplicar tal artículo del Código, porque los contratos a que el mismo se refiere son aquellos en que hubiesen intervenido el consentimiento y *demás requisitos esenciales para su validez*; se refiere a los contratos eficaces, pero no a los que la misma Ley declara sin efecto, como hemos visto.

Consecuente con ello, la Ley especial establece en su artículo 64 que el arrendatario y el arrendador tendrán recíprocos derechos a exigirse la formalización del documento acreditativo de la cancelación del arriendo en todos los casos en que éste quede extinguido. El acto cancelación no exige requisitos especiales; la Ley concede el derecho de compelerse recíprocamente a llenar este requisito, de forma, para la cancelación, que genera soluciones para fuera de la especial regulación, y al no establecerlo para la constitución, es que para este caso

no lo admite, de la misma suerte que la legislación común no admite semejantes derechos para aquellos otros actos formales y solemnes cuya eficacia y validez dependen, como el que nos ocupa, de los requisitos legales establecidos, como, por ejemplo, los testamentos.

Tampoco puede oponerse el que la propia Ley de 15 de marzo de 1935, en su disposición transitoria primera, dispone que cuando el propietario no quiera explotar directamente la finca tendrá derecho a exigir del arrendatario que formalice un contrato ajustado a las normas de la Ley, porque este precepto se refiere a los contratos existentes, conocidos como tales por la anterior legislación espiritualista, porque tal derecho se concede exclusivamente al arrendador y porque es para el caso de que el propietario no quiera explotar directamente la finca.

Además, aquella disposición transitoria está derogada por el artículo 1.º de la Ley de 28 de junio de 1940.

Bajo el supuesto de la nulidad radical estudiada, el colono está obligado a devolver la finca con sus frutos (art. 1.307 del Código civil); estos últimos tienen su equivalente en la venta, que constituye el precio de los mismos.

V

Fundamento del contrato de forma

Las leyes llamadas de protección han permitido que legalmente pueda la parte protegida ir en contra de sus propios actos, vulnerándose así el principio moral y legal "pacta sunt servanda", aglutinante de relaciones jurídicas en contratos de buena fe. La derogación de determinados contratos de buena fe hizo que ésta atenuara sus beneficiosos efectos sociales y haya aconsejado el que la formalización de algunos contratos no deba confiarse al particular, debiendo en aquellos casos empezar su negocio por la sentencia con que es presumible terminara, evitándose de esta suerte las molestias, los gastos y las incertidumbres de un posible pleito dilatado, que siempre se ha temido como un mal. Esta sentencia es el contrato técnico o de forma.

El arrendamiento de fincas rústicas afecta a lo nacional atendiendo al concepto actual de esta propiedad y a la disponibilidad y propiedad de los mismos frutos. Por ello la Nación, el Estado, por medio de la autoridad técnica delegada, debe de intervenir en el contrato de forma.

Tiene relación el contrato de arriendo de fincas rústicas con el trabajo humano, con lo social, que por constituir interés preferente al particular no puede quedar al arbitrio de éste, debiendo de intervenir el interés social mediante la delegación técnica del Estado en el mismo contrato de forma.

No podemos olvidar el sistema tributario, facilitado por los contratos públicos e intervenidos de esta clase. Y por último, bajo el aspecto económico, por el contrato de forma puede llegarse a desmovilizar la renta y los frutos, pues en el contrato formal no existe nada que declarar; todo está técnicamente previsto; sólo resta el hacer; de él nacen acciones de hecho, de gestión, que dan lugar a procedimientos judiciales sumarios, sumarísimos, ejecutivos; la causa de las obligaciones que en él se establecen es la escritura con los requisitos; el documento legal constituye un verdadero patrimonio, con valor de presentación, como las alhajas o el papel moneda, respaldado por valor real, que puede sustituir a la garantía oro, transmisible en su totalidad o en parte por simples fórmulas de endoso, y aumentar de esta forma el patrimonio particular y el social circulante.

Por todo ello, siendo estos contratos extralegales, y debiendo serlo además, indiscutiblemente es de aplicación el apartado c) de la disposición transitoria segunda de la Ley de 28 de junio de 1940. Como consecuencia de ello, debe proceder el desahucio fundado en esta causa y en relación con las primeras del artículo 1.569 del Código civil y primera del artículo 1.562 de la ley de Enjuiciamiento.

De esta forma quedan incorporados a la legalidad esta clase de contratos, que en la actualidad producen tantas incertidumbres e inquietudes.

MANUEL BARROS SIERRA.

Abogado.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 1942.—*Patentes de invención.*

La ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, cuyas disposiciones rigen el caso cuestionado, comprendió en su artículo 12 entre los inventos susceptibles de ser objeto de patente las máquinas, aparatos e instrumentos que fuesen de propia invención y nuevos, estableciendo en el artículo 103 que serán nulas las patentes de la clase a que alude cuando se justifique que no son ciertas, respecto del objeto de las mismas, las circunstancias de *propia invención* y *novedad*, en las de invención; y si bien el artículo 25 del Reglamento para la aplicación de la ley expresada de 15 de enero de 1924 dispone que se ha de reputar propia la invención aun cuando la patente no la solicite el mismo inventor, sino la persona, Sociedad o Compañía a quien aquél hubiere transmitido su derecho por cualquiera de los medios que las leyes reconocen, sin que sea necesario presentar justificación alguna de la transmisión, el mismo artículo, al disponerlo así y sin autorizar al cesionario o adquirente para dejar producirse en este concepto, como si fuera el inventor, limita expresamente lo que dispone respecto a la innecesidad de presentar los justificantes a que alude a los efectos registrales, y el reputar propia la invención de quien sin ser inventor solicite la patente a los efectos del artículo 47 de la ley, relativo tan solo a la duración de las patentes; y de donde se sigue que cuando se justifica que no es de propia invención una patente solicitada y obtenida en este concepto por persona distinta del inventor será aquélla nula y procedente la declaración de su nulidad, si ésta se insta por parte interesada, contra la que, si ostenta la calidad de tercero, no pueden surtir efecto, con arreglo a lo preceptuado también por la ley repetidamente citada en su artículo 93, la cesión y la transmisión de los derechos del inventor que hayan sido hechos por instrumento público. Esto sentado, por ello es visto que habiéndose solicitado y obtenido por la Sociedad demandada la patente número 90.677, con el enunciado de "perfeccionamientos de las prensas de cortar", como de propia invención, sin que fuese cierta esta circunstancia, porque no era aquélla el inventor del objeto patentado, ni siquiera expresó que el inventor la había transmitido su derecho, no incidió la Sala sentenciadora en las infracciones legales que la parte recurrente acusa en su recurso.

SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1942.—*Congruencia.*

De acuerdo con el axioma clásico *sententia debet esse conformis libello* y con la doctrina de nuestros antiguos autores, los cuales, siguiendo las prescripciones contenidas en la Ley XVI, Título XXII, de la Partida III, y Ley II,

Título XVI, Libro XI, de la Novísima Recopilación, establecían que la sentencia debe dictarse conforme a la demanda y contestación sobre el objeto del litigio, el artículo 359 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil preceptúa que "las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto el debate"; y aun cuando esta norma sea fundamentalísima en nuestro Enjuiciamiento civil, como consagración del propio principio dispositivo que lo rija y consecuencia obligada de la imparcialidad que el Juez debe mantener en el proceso, no debe, empero, ser aplicada con criterios rigidamente formalistas que empequeñezcan la función pública de tutela del orden jurídico que al Estado y sus órganos jurisdiccionales corresponde y sacrifiquen por entero a las garantías formales las exigencias perentorias de la justicia. Si bien ese principio de congruencia obliga al sentenciador a resolver sobre la acción o acciones ejercitadas por las partes en la demanda o en la reconvencción, de tal modo que dicho principio no es más que una parte y una aplicación de la teoría más general de la identificación de las acciones, se ha de tener muy en cuenta que para esta operación de individualizar la acción ejercitada en una demanda con el fin de fijar si es idéntica o distinta a la que es objeto de otra demanda o de pronunciamiento en la sentencia, hay que atender, no a las *denominaciones* de la acción según las reminiscencias romanas, que con frecuencia llevan a hablar de *acciones* diversas, cuando no se trata más que de diversas *normas* respecto de un hecho único, sino a la esencia de la acción revelada por estos tres elementos: los sujetos, el objeto y la causa, entendiéndose que la conformidad en cuanto a los *sujetos* (eadem persona) exige la identidad en las personas y en la condición jurídica o calidad con que litiguen; que la conformidad acerca del *objeto* (eadem res) está constituida por la identidad de la petición que se hace al Juez, no menos que por la identidad del bien garantizado por la ley cuya actuación se pide, y, finalmente, que la conformidad respecto del *título* o *causa* (eadem causa petendi) se refiere a los hechos que constituye la relación jurídica y que muestran el fundamento o razón de la petición que es objeto del litigio; no siendo obstáculo a la existencia de esa identidad el supuesto de la mera concurrencia o concurso de normas, en el cual se trata de una sola acción, que tiene por causa el mismo hecho o vínculo jurídico, siquiera éste sea subsumible. Ajustándose este Supremo Tribunal a las orientaciones y cánones aludidos, ha perfilado con el inexcusable rigor, pero a la vez con suficiente amplitud y elasticidad, la doctrina de la congruencia, habiendo declarado, entre otros muchos fallos, en sentencia de 11 de enero de 1899 que para estimar cuál sea la cuestión propuesta por el actor y determinar, en consecuencia si el fallo es congruente con la demanda, no hay que estar a todos los enunciados de hecho y de derecho que la misma contenga, sino a la petición que se formule y a sus fundamentos esenciales, y en la de 9 de diciembre de 1940, que la norma de congruencia obliga a los Tribunales a no alterar sustancialmente las pretensiones de las partes y a respetar en absoluto los hechos procesales, pero consiente su actuación libre y de oficio en la esfera del Derecho, aplicando la norma jurídica que estimen procedente.

SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1942.—*¿Abarca el seguro contra robo el de unas letras de cambio?*

Si bien el ejercicio de los derechos derivados de la letra de cambio va unido a la posesión del título, como parece, entre otros, de los artículos 382, 483 y 491 del Código de Comercio, es igualmente cierto que, dada la redacción del artículo 492 del mismo Código, el portador de la letra, que pretenda su pago, está obligado a acreditar al pagador la propia identidad: ser persona legítima según los términos del artículo 490, o portador legítimo como expresa el 495, exigencia que sólo puede cumplirse por el tomador, si la letra no fué endosada; por el último endosatario si medió endoso; o por el librador cuando el giro está extendido a la propia orden, de donde claramente aparece que la designación como titular en el texto de la letra constituye requisito indispensable para hacer efectivo su importe.

De esta exigencia legal y de lo dispuesto en el artículo 498 del repetido Código de Comercio se deduce que el robo de la letra no implica la pérdida o sustracción del importe del crédito por ella representado, si no se sigue la comisión de otros delitos de naturaleza diferente—cuyo riesgo no se halla previsto en la póliza—, que coloque al detentador en la aparente situación de portador legítimo para realizar el cobro y concebido el seguro contra robo como contrato de indemnización, teniendo derecho a exigirla el recurrente por la realización del delito taxativamente señalado, si, caso de ser robadas las letras, no podían entenderse sustraídas por este solo hecho—salvo demostración de pérdida efectiva—los correspondientes créditos, ni, en consecuencia, procedería determinar por su cuantía la de aquella indemnización, tampoco cabe lógicamente tomar en cuenta el importe de dichos créditos, y si únicamente el del timbre de los documentos, a los efectos previstos en el artículo 14 de la póliza, conclusión que cuando—como en el caso presente—es el discutido un problema de interpretación, surge del artículo 1.789 del Código civil, a cuyo tenor, si el contrato fuera oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1942.—*Interpretación de testamentos.*

Según reiterada doctrina de este Tribunal Supremo, corresponde al Juzgado de instancia interpretar para su recto y acertado cumplimiento las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer tal interpretación en tanto no se demuestre que es equivocada por contrariar de modo manifiesto la voluntad del testador, o que vulnera las normas del Código civil relativas a la interpretación de los actos de última voluntad; y limitándose el recurrente a invocar en los dos motivos del recurso su personal criterio frente al de la Sala sentenciadora, pretendiendo atribuir a la cláusula discutida distinto alcance del que establece el fallo y la propia recurrente le reconoció en negocio jurídico anterior a la iniciación del presente litigio, no puede estimarse la existencia de las infracciones legales ni del supuesto error de hecho señalados en dichos motivos.

LA REDACCIÓN.

La Jurisprudencia del Tribunal especial sobre contratación en zona roja

Las cuatro sentencias que tenemos a la vista se dividen en dos grupos: un grupo de sentencias referentes a problemas procesales y otro grupo de sentencias referentes a problemas de Derecho material.

Las sentencias procesales carecen de interés. La sentencia del 27 de mayo de 1942 (núm. 23) aborda un problema competencial y declara que, pidiéndose la nulidad de un testamento, aun habiendo en la herencia inmuebles, no es aplicable el artículo 18 de la Ley Especial; en cambio, sí lo es el artículo 62, núm. 1.º de la ley de Enjuiciamiento civil. La sentencia del 28 de abril de 1942 (núm. 20) hace referencia al principio de congruencia (art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil).

Las sentencias del 28 de abril (núm. 21) y del 12 de mayo (número 22), ambas de 1942, tratan de la aplicabilidad del artículo 8.º de la Ley Especial a contratos de arrendamientos en zona roja concertados con anterioridad al 18 de julio de 1936. He aquí los interesantes considerandos de la segunda de las citadas resoluciones:

“El problema jurídico sometido a la presente resolución, dada la radical discrepancia de las partes en cuanto a la aplicabilidad de la ley de 5 de noviembre de 1940 a los contratos de la naturaleza del que es objeto de litigio y al sentido y alcance que atribuyen a la especial disposición contenida en su artículo 8.º para sustentar sus contrarias pretensiones, comprende las dos cuestiones siguientes: 1.ª Si es aplicable dicho precepto a los contratos de arrendamiento de industrias o edificios que radiquen en zonas que estuvieron sometidas a la dominación marxista, en los que, como en el invocado en la demanda inicial, se hallase concertado con anterioridad al 18 de julio de 1936 un plazo o tiempo fijo para su duración, y 2.ª Dado que así sea, en el otorgado con fecha 19 de septiembre de 1931 por el actor D. Salvador

Torras Domenech como arrendatario y D. José María Bonmatí Pujol como arrendador, en cuyos derechos derivados del expresado contrato se subrogó la Sociedad demandada, Fábricas de L. Mata y Pons, S. A., concurren aquellas circunstancias que presupone el citado artículo 8.º de la Ley Especial para que pueda considerarse suspendido el plazo de los diez años de duración estipulado en el período comprendido desde el 18 de julio de 1936 hasta dos meses después del día en que se liberó el distrito municipal del pueblo de Amer, lugar del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En lo relativo a la primera de las cuestiones apuntadas, que, conforme ya tiene declarado este Tribunal en sentencia de 28 del mes pasado, la notoria generalidad de los términos del citado artículo 8.º, en el que se emplea genéricamente la palabra "contratos", sin especificar clase alguna de éstos, obliga a entender que aquella disposición abarca a todos los contratos en los que se dan los supuestos que establece para conceder la suspensión de los plazos estipulados en los anteriores al 18 de julio de 1936, a excepción de los que enumera la propia Ley Especial en su artículo 23 y de los que carecen de plazo para el cumplimiento de las obligaciones que contienen, por ser simultáneas o tan inmediatas que a esto equivalga, su perfección y consumación, ya que las disposiciones legales han de ser entendidas y aplicadas conforme a su contexto literal cuando éste no aparece disociado del espíritu que las inspira y no autoriza, por tanto, a excluir de sus preceptos los contratos de arrendamiento de industrias o edificios con destino a las mismas que son de tracto sucesivo y tienen un plazo de duración estipulado para que dentro de él y hasta su término se exijan y cumplan continuadamente, conforme a lo convenido, las obligaciones y derechos recíprocos del arrendador y arrendatario, sin que se opongan a esta doctrina las disposiciones especiales dictadas sobre arrendamiento, por cuanto es distinto el contenido de unas y otra y atienden a resolver las situaciones que respectivamente amparan, sin que exista oposición entre ellas.

Que para recibir de manera adecuada la segunda de las cuestiones debatidas en este pleito conviene antes sentar cuál es el sentido y alcance del artículo 8.º de la Ley de 1940 en su párrafo 1.º, por ser precisamente distinto el que le atribuyen, en lo que se fundan las supuestas tesis sustentadas por las partes; y a este respecto, conforme lo que aquel artículo preceptúa, se han de considerar suspendidos, como tiene

declarado este Tribunal en su antes citada sentencia, desde 18 de julio de 1936 hasta dos meses después de la liberación del lugar en que radiquen los establecimientos fabriles arrendados antes de aquella fecha, los plazos estipulados en los contratos de arrendamiento, siempre, claro está, porque así condiciona esta suspensión el mismo precepto, que alguna de las obligaciones contractuales hubiera debido cumplirse en zona sometida a la dominación marxista, lo que equivale a decir, y así ha de entenderse con equidad nada dudosa, que no todas las obligaciones y los derechos que constituían el contenido contractual han podido tener el cumplimiento y efectividad para que fueron pactados, ya que si lo tuvieron carecería de aplicación equitativa y justa el precepto, sin que, según en la misma sentencia quedó ya expresado, baste por sí solo el hecho de colectivización de la Empresa industrial para imponer la aplicación del citado precepto.

De lo expuesto es consecuente obligado que para que pudiera reconocerse el derecho a la suspensión del plazo contractual pretendido por el actor, era preciso que éste demostrara que las obligaciones y derechos constitutivos del contenido del contrato de arrendamiento de 19-9-1931 no pudieron tener un normal cumplimiento en el período de dominación marxista; y a este efecto, el examen de los documentos aportados y la conjunta apreciación de las demás pruebas practicadas en el pleito acreditan en los términos más convincentes que el arrendador, D. José María Bonmatí y Fons, del que trae contractualmente causa la Sociedad demandada, no dejó de cumplir en el expresado período de tiempo ninguna de las obligaciones que le eran peculiares en orden a la debida efectividad de lo pactado, así como que el arrendatario, D. Salvador Torras Domenech, conservó en realidad durante el mismo el uso de los locales y servicios anejos, arrendados para ejercer en ellos la industria de fabricación de papel, la cual continuó funcionando mientras él, provisto de pasaporte rojo, se trasladó al extranjero, donde residió, sin regresar a España hasta después de la liberación de Barcelona; porque si bien dicho demandante tiene alegado fundamentalmente que fué colectivizada su industria, ha quedado demostrado en los autos que esta colectivización no le desposeyó de sus bienes, sino que fué una mera apariencia de nombre y forma adoptada por el propio personal fiel a la fábrica, que designó como director de la Empresa al hijo político del actor, quien ya venía siendo su apoderado, el cual, con otros empleados adictos, asumió la representación legal de la mis-

ma, y unos y otros han sido mantenidos en los respectivos cargos que con anterioridad desempeñaban por el Sr. Torras al descolectivizar éste la industria y continuar a su exclusivo nombre la no interrumpida explotación de la misma, sin que se advierta hecho alguno que demostradamente revele que saliera de su patrimonio este negocio en ningún momento, ni que por razón de la aparente incautación se le ocasionasen daños o perjuicios, dado que no cabe estimar que las pérdidas sufridas en el almacén de Madrid, ajeno al arrendamiento cuestionado y a las que en su prueba se refiere, tengan relación con el normal uso de la fábrica arrendada y su explotación."

LA REDACCIÓN.

Apostillas a un caso de liquidación por Derechos reales en un supuesto de colación hereditaria

En el número de esta Revista correspondiente al pasado mes de mayo, y con la autorizada firma del Sr. Delgado Jarillo, Registrador de la Propiedad, ha aparecido un estudio sobre aplicación del impuesto de Derechos reales al caso en que un donatario, hijo del donante, renuncia a la herencia de éste después de haber aceptado del mismo una donación intervivos y de haber sido liquidada la escritura correspondiente, lo cual hace surgir en el articulista la duda de si la liquidación de esa escritura de donación debe ser rectificada aplicándole el tipo de extraños.

El caso, supuesto o real, es el siguiente: el padre dona en vida al hijo, como anticipo de legítima, una finca valorada en 15.000 pesetas, y la escritura de donación es liquidada oportunamente al tipo del 3 por 100, núm. 29 c), de la tarifa.

Fallece posteriormente el padre donante y a su herencia concurren sus hijos, y entre ellos el donatario, el cual no ha sido liberado expresamente por su padre de la obligación de colacionar.

Frente a tal realidad tiene dos caminos el hijo donatario, que son: el de aceptar la herencia o el de renunciarla. De ellos, el primero no ofrece dificultad alguna a los efectos de la práctica de la liquidación del Impuesto: el caso está previsto en el artículo 30 del Reglamento, y el mencionado donatario no tendrá que pagar el impuesto sucesorio por las 15.000 pesetas que legalmente habrá de colacionar, supuesto que el padre (arts. 1.035 y 1.036 del Código civil) no le eximió de esa obligación; pero ¿cuál será la solución para el caso en que la herencia sea repudiada?

Para solucionar el problema, el Sr. Delgado Jarillo sienta estos jalones: "El que repudia la herencia, al no confirmar o consolidar en sí por medio de una afirmación, que es la aceptación, la cualidad de heredero, queda como extraño a la sucesión", y... "la donación que recibió del causante se transforma en donación hecha a un extraño", de donde deduce que la primitiva liquidación que se giró al 3 por 100

por el número 29 c) de la tarifa debe ser complementada aplicando el número 38 y el tipo de 48 por 100, que es el correspondiente a colaterales en más de cuarto grado y a extraños.

La conclusión nos parece aventurada civil y fiscalmente.

El punto de partida para resolver el caso acertadamente es la norma contenida en el artículo 29, según la cual las donaciones tributan como las herencias, según su cuantía y el grado de parentesco entre donante y donatario; y como la filiación, y por tanto el parentesco, no desaparece ni se borra entre donante y donatario por ningún motivo, porque es un vínculo anterior y superior a la Ley y a la propia voluntad de uno y otro, es evidente que hay una imposibilidad absoluta de considerarlos como extraños, y evidente también la improcedencia de aplicar al acto la tarifa que a extraños corresponde.

El ilustrado articulista pasa del concepto que aplica al hijo de "extraño respecto a la sucesión de su padre", como consecuencia de la repudiación o renuncia de su herencia, al concepto de "extraño" en el parentesco, y equipara ambos conceptos sin razón bastante para hacerlo así, ya que "extraño en la sucesión", en este caso, significa simplemente "ajeno" a la sucesión por un acto perfectamente lícito de la voluntad, sin menoscabar ni rozar siquiera la atadura parental que le une con su progenitor.

Lo extraño, en el sentido de no comprensible, es que el Sr. Delgado Jarillo llega a la conclusión que combatimos después de decir que "evidentemente" no se pierde la calidad de hijo legítimo por el hecho de la renuncia, ni se esfuma su parentesco de consanguinidad con su padre por la no aceptación".

Admitida esa indudable permanencia del parentesco filial, ya no es eficaz el argumento que a continuación se hace en el artículo para cohonestar la solución que en él se da al caso diciendo que ésta "se asienta en las innegables consecuencias y cambios que la repudiación de la herencia implica respecto al presunto heredero, al punto de cambiar su posición jurídica respecto a la sucesión renunciada", puesto que ese cambio y esa nueva posición jurídica en nada afectan, tributariamente al menos, a la relación jurídica y tributaria que nació en la escritura de donación y que gira exclusivamente en función de la cuantía de los bienes donados y del parentesco entre donante y donatario.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

VARIA

HEINRICH SIEVEKING: *Historia económica universal*. — Traducción del alemán por Pío Ballesteros. (Edit. *Revista de Derecho Privado*.)

El autor, que ha partido de investigaciones monográficas como las relativas al préstamo marítimo en la antigüedad, la Hacienda genovesa, etc., aprovechó los conocimientos generales adquiridos para redactar unas bases fundamentales de la nueva historia de la economía, y redacta ahora un magnífico resumen que llega hasta nuestros días, desde los tiempos primitivos, donde pone de relieve lo problemático que son los juicios generales sobre el pasado y la especial importancia del desenvolvimiento económico. Separándose de las tendencias marxistas, que lo explican todo por las circunstancias de la producción, investiga la influencia del movimiento espiritual en la formación de lo económico y trabaja sobre las alternativas provocadas en cada época por los factores de producción.

Las 325 páginas de la exposición, muchas de las cuales están dedicadas a la bibliografía, contienen interesantes cuadros de la actividad de los primitivos y de las viejas civilizaciones orientales, pinceladas de maestro sobre la economía occidental de la Edad Media (rural, ciudadana y política), profundas ideas acerca de la época mercantilista, precisas indicaciones sobre el desarrollo del capitalismo y una crítica aguda de esta organización y de sus consecuencias (aislamiento nacional, cuestión social y monopolios).

Obra que presupone, por lo menos, un conocimiento elemental de la que nuestros programas de Instrucción Pública denominaban Historia Universal, y que requiere ser leída con mucha atención por la riqueza de alusiones y el matizado de los cuadros, la de Sieveking ha

encontrado un digno traductor en el Magistrado y Profesor D. Pío Ballesteros, cuyos enciclopédicos conocimientos y perfecto dominio de los idiomas alemán y español garantizan la empresa.

FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA: *Legislación hipotecaria*.—Segunda edición, corregida, notablemente aumentada y adaptada al programa de Notarías por José María López Torres. — Editorial Reus, 1942.

Aunque el entusiasta Registrador que en la actualidad regenta la cátedra de Hipotecaria del Instituto Editorial Reus, haya adoptado como fundamentales las explicaciones de nuestro inolvidable colaborador D. Fernando Campuzano, ha procurado ponerse al día, reforzando la exposición legal y práctica que desde hace medio siglo caracteriza a las Contestaciones del Instituto, con las notas más salientes de los tratados de Jiménez Arnau y Roca y las ideas de los más asiduos colaboradores de REVISTA CRÍTICA.

No puede olvidarse que las necesidades de la enseñanza diaria, la rápida preparación impuesta por la convocatoria y la impresión acelerada de los temas, así como los cambios de profesorado de todos los opositores conocidos, han contribuido al descuido de la exposición que, en algunos momentos, se nota y a la multiplicación de las erratas tipográficas.

Por regla general, el Sr. López Torres ha desenvuelto su trabajo a razón de una docena de páginas por tema, en los prudentes términos de un profesor que ha de guiar a los estudiantes recién salidos de la Universidad en la discusión de los problemas hipotecarios, manteniendo las líneas tradicionales en el Instituto a que sirve y recargando lo menos posible la memoria de los futuros Notarios.

La obra, en dos tomos que suman 700 páginas, no es un *remedivagos*, sino una recopilación de cuanto interesa conocer para desempeñar un buen papel en las oposiciones respectivas.

Anuario 1939-40 de la Academia de Derecho Alemán. (J. Schweitzer Verlag, Berlín y Munich.)

La Academia de Derecho Alemán, suprema entidad rectora del Derecho en el Imperio alemán, publica su *Anuario 1939-40*, editado

por el Presidente de la Academia, el Ministro Dr. Frank. Pese a la guerra actual, cuyo principio, como es sabido, coincide con la fecha del Anuario, éste ofrece una colección de interesantes artículos. Hélos aquí:

Ministro del Reich, Dr. Frank: "Introducción".

Subsecretario, Dr. Stuckart: "Dirección y administración en la guerra".

Profesor Dr. Hedemann: "Del ciudadano al socio del pueblo".

Profesor Dr. De Boor: "Código popular, leyes accesorias y Derecho procesal".

Profesor Dr. Boehmer: "La idea del Código popular alemán".

Profesor Dr. Boehmer: "El trabajo de la sección codificadora del Derecho patrimonial del matrimonio".

Juez de Primera instancia Dr. Bartholomeyczik: "La reglamentación de la responsabilidad de los herederos; adquisición, aseguramiento y liquidación de la herencia".

Profesor Dr. Lehmann: "La nueva estructuración del Derecho mercantil".

Presidente de Sala Dr. Lindenmaier: "El trabajo de la Sección codificadora del Derecho marítimo".

Presidente Dr. Wegerdt: "La estructuración del Derecho aéreo".

Presidente del Consejo de Ministros Granzow: "La importancia económica de las cooperativas".

Doctor Julius Kopsch: "El creador artista y la nueva estructuración de la propiedad intelectual".

Abogado Utescher: "El proyecto para una nueva ley de modelos artísticos".

Abogado Dr. Schramm: "Caracterización de la "cerveza de Pilsen".

Magistrado Dr. Kessler: "El Derecho de la juventud en su desarrollo".

Profesor Dr. Lent: "La teoría del objeto de la litis".

Director Anders: "El trabajo de la Sección codificadora del Derecho del seguro social".

Director general Dr. Wiedemann: "El trabajo de la Sección codificadora del Derecho de seguro en los años 1939-40".

Director Dr. Graupe: "El trabajo de la Sección codificadora del Derecho sobre agentes de seguro".

Director Dr. Güntzel: "Lista de las abreviaciones de la Revistas jurídicas".

Asesor Dr. Shcaefér: "Derecho penal y Derecho procesal penal de guerra".

Escojamos algunos estudios interesantes para reproducir su contenido. Respecto a los artículos de Hedemann, Boehmer y de Boor, véase REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1941, página 186 y sigs., 780 y sigs.; respecto al artículo de Graupe, véase l. c., 1941, pág. 253.

1) *El Derecho de la juventud en su desarrollo:*

Antes de la Revolución nacional no existía un verdadero Derecho de la juventud propiamente dicho. La época anterior consideraba al joven como un adulto imperfecto y no le concedía su personalidad propia. Los primeros trabajos de la Sección codificadora del Derecho de la juventud se ocupaban, conforme al deseo del Führer, con el Derecho laboral de la juventud. El 30 de abril de 1938 se publicó la Ley protectora de la juventud, que entró plenamente en vigor el 1.º de enero de 1939. Esta Ley no es una Ley ordinaria. Se trata más bien de una Ley programática del Derecho futuro de la juventud. El preámbulo de la mentada Ley reza de la siguiente manera: "La protección de la juventud es protección del pueblo. La necesidad del pueblo y el deber nacionalsocialista requieren la educación de todos los jóvenes para que lleguen a ser miembros del pueblo sanos en alma y cuerpo. La voluntad del Gobierno imperial se encamina hacia la protección y el fomento de la juventud alemana y hacia el consecutivo aumento de su capacidad. Los siguientes principios servirán para dar cima a las anteriores ideas: Como regla general, se prohíbe el trabajo de los niños. Se protege a los jóvenes, limitando el tiempo de su trabajo y prohibiendo el trabajo nocturno contra todo exceso. Se asegura tiempo libre para que pueda realizarse la educación profesional, el robustecimiento corporal, la formación de la personalidad y la educación política. También se garantizan las vacaciones de los jóvenes y su empleo razonable." No debemos dejar de mencionar el importante Decreto de 17 de marzo de 1940, que permite la denuncia del contrato de aprendizaje habiendo una justa causa. Hasta la entrada en vigor de aquel Decreto se aplicaban al contrato de aprendizaje las reglas del contrato de ayudantes de artesanos, las cuales contenían un catálogo de causas de disolución que no eran adecuadas para una relación tan

particular. El maestro ya no puede exigir emolumentos por educar a un aprendiz. El maestro, como fiduciario de la comunidad, cumple un deber social. Todo joven debe experimentar, al menos, una educación minimal que le capacita ascender. Esta educación minimal continúa luego en una segunda y tercera fase. Por otro lado, una vez terminadas las tres fases educativas y aprobado el examen de ayudante, no hay cabida para un llamado contrato de "continuación del aprendizaje" (*Lehrlingsfortbildungsvertrag*), que despoja al ayudante de los frutos de su examen. La capacidad de obrar, al menos en la esfera del trabajo, coincidirá probablemente en el Derecho futuro con la aprobación del examen de ayudante. En cambio, no se permitirá a un menor concertar un contrato de aprendizaje sobre sí mismo sin intervención de sus representantes legales. La organización judicial plantea también interesantes problemas. Quién debe juzgar a los aprendices: ¿la Magistratura del Trabajo o los Tribunales tutelares de menores? Probablemente, la solución del porvenir se inclinará hacia la segunda alternativa. La Ley protectora de la juventud no se refiere a los jóvenes que trabajan en servicio doméstico, empresas agrícolas, forestales o marítimas. Sin embargo, el Decreto de 15 de junio de 1939 extiende a todas estas materias las disposiciones sobre las vacaciones; y, en principio, convendría una reglamentación general. El Derecho penal nos brinda otras dificultades. ¿Qué penas son justas y eficaces en la lucha contra el criminal joven? Desde luego, conviene la pena de prisión de larga duración, tratándose de un delito grave. La dificultad consiste en la determinación de la pena en casos leves y gravísimos. En casos leves no procede la multa, puesto que los padres del delincuente joven suelen pagarla. A proposición de Schaffstein, crea el Decreto de 4 de octubre de 1940 el llamado "arresto de jóvenes" (*Jugendarrest*), que oscila entre un tiempo mínimo de una semana y un tiempo máximo de un mes; también procede en la forma del arresto "del final de la semana" y puede ser impuesto hasta un número maximal de cuatro finales de semana. Su finalidad reside en la producción de un efecto de choque sobre el alma juvenil. En lo que atañe a los delitos gravísimos, el problema giraba en torno de la aplicabilidad de la pena capital. El Decreto de 4 de octubre de 1939 permite la imposición de la pena de muerte a los menores de dieciocho años. Probablemente, se introducirá finalmente la condena indeterminada maximal. Así se podrá condenar, por ejemplo, a un menor hasta cuatro años de prisión. Si resultara,

después de dos años, que el fin de la pena se ha conseguido, el Tribunal debe ponerle en libertad. El Tribunal está formado por un Juez de menores y escabinos de menores. También existe un Fiscal especial para menores, y se discute la creación de una profesión especial: defensor de menores. Un delicado problema nos lo ofrece el registro de antecedentes penales. Por un lado, no debemos entorpecer la vida del menor; por otro lado, hay que proteger al público contra menores peligrosos.

LA REDACCIÓN.

(Continuará.)