

# REVISTA CRITICA

DE

## DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XVIII

Junio de 1942

Núm. 169

---

### Consideraciones sobre ordenamiento interior de los Registros de la Propiedad

La organización del Registro de la Propiedad en el orden puramente interior de la oficina, apenas si ha tenido variación alguna en las normas establecidas por la Comisión redactora de la primitiva ley Hipotecaria. No cabe apuntar en este sentido más que la acertada supresión de los libros especiales de hipotecas por orden alfabético y de fechas, llevada a efecto por la Ley de 3 de diciembre de 1869. Sin embargo, todo el sistema establecido y que representó un enorme progreso sobre lo entonces vigente, se sujetó a moldes pequeños, es decir, sin sospechar que los Registros de la Propiedad alcanzaran el volumen y desenvolvimiento a que han llegado, especialmente en las regiones más ricas y más cultas de España. No queremos referirnos ahora más que a lo que afecta a la organización y orden interior de las oficinas, prescindiendo de que a las facilidades que la primitiva ley y muchas posteriores, hasta llegar al famoso artículo 20 hoy vigente, dieron para la inmatriculación, no han correspondido las necesarias para que los inmuebles ya inmatriculados no salgan del Registro.

Las disposiciones tanto legales como reglamentarias, en lo que hace relación con la organización interior de las oficinas, son escasas y deficientes, y si por parte de aquellos legisladores, enfrascados en la magna tarea que supone la publicación de la primera ley Hipotecaria, eso tiene explicación y disculpa, no la tiene tanto el que después no se hayan completado y perfeccionado esas disposiciones, a pesar de las gestiones

de la Asociación y del Colegio de Registradores, a cuyos organismos corresponde la iniciativa de mucho de lo últimamente realizado.

Los artículos 237 al 244 del vigente Reglamento, reproducción de los 158 y siguientes del de 29 de noviembre de 1870, determinan con toda minuciosidad la forma en que debe estar dividida cada hoja de los libros Diario y de inscripciones, pero nada dicen de la forma y tamaño de tales libros, materia que el citado artículo 158 dejó ya al criterio de la Dirección General, como lo hace ahora el 237 del actual Reglamento. Esta adoptó desde el principio la forma apaisada y el tamaño que siguen teniendo en la actualidad, seguramente como continuación del que tenían los de las Contadurías de Hipotecas, y el número de folios de 300 el Diario y 250 los libros de inscripciones, aunque primeramente se hicieron una o varias confecciones de libros de esta última clase con 500 folios, reduciéndose después a 250 por la dificultad de manejar y de escribir en tomos tan voluminosos. En cuanto al formato de los libros, si no se ha seguido el sistema completo de encasillado de los de la Contaduría, ni menos el complicadísimo del Registro alemán, se han conservado tres casillas, que se consideran suficientes para llenar la forma en que se redactan las inscripciones.

Todo esto no ha variado nada en 79 años, pero sería conveniente pensar un poco en la utilidad de modificar alguna de esas cosas después de una tan larga experiencia y del ejemplo de otros organismos, alguno de ellos tan ligado a los Registros de la Propiedad como es el Registro Mercantil.

Empecemos por la forma y tamaño de los libros. Cuando se idearon los actuales, las inscripciones eran verdaderas transcripciones, poco frecuentes las buscas y manifestaciones en las oficinas, y el número de libros en los primeros años no había llegado a crear un problema de local y acondicionamiento. Hoy, en los Registros de gran movimiento, la cantidad de libros, unida a la inútil balumba de legajos, hacen precisos enormes locales en donde colocarlos, dificulta el hacerlo en pisos que no sean bajos, por el peso enorme que acusan, y su manejo, tanto para escribir en ellos como para su uso por los manifestantes, es engorroso y molesto. Las inscripciones se han reducido actualmente en extensión; los libros se examinan y manejan más que nunca; ¿por qué no habría de reducirse su tamaño al que tienen los del Registro Mercantil? Ello produciría baratura, más fácil manejo y mejor posibilidad de colocación; y no se diga en contra que las inscripciones en el Mer-

cantil son menos extensas que las del de la Propiedad, porque si bien las inscripciones en el libro de comerciantes son generalmente cortas, no más que una concisa de cancelación, por ejemplo, en cambio, las de Sociedades y buques, sobre todo aquéllas, son tan largas como una de hipoteca del Banco Hipotecario, y, no obstante esto, esos libros del Mercantil, que se manejan mejor y se deterioran menos, cumplen a maravilla su cometido.

El número de libros ha aumentado, como queda dicho, en forma aterradora; según el último Anuario publicado por la Dirección General en 1935, figura a la cabeza el Registro de Manacor, con 2.577 libros de inscripciones y 166 Diarios; sigue Pamplona, con 2.347 y 81, y Palma de Mallorca, con 2.324 y 197, respectivamente. El que esto escribe ha tenido a su cargo el primero y último de los citados Registros—éste en propiedad, interinamente aquél—, y conoce por ello las enormes dificultades que ocasionan la colocación, manejo y conservación de número tan abrumador de tomos, unido a la masa agobiadora de legajos, de que no hemos podido librarnos y que tan buen empleo tendrían para la fabricación de pasta de papel.

“Los libros estarán numerados por orden de antigüedad” (artículo 226 de la Ley Hipotecaria). “Los libros de cada término municipal tendrán una numeración especial correlativa, además de la prevenida en el artículo 226” (art. 231 de dicha Ley). “En cada Registro de la Propiedad se abrirá un libro por Ayuntamiento o distrito municipal, según lo preceptuado en los artículos 230 y 232 de la Ley” (artículo 240 del Reglamento hipotecario). Estos son los principios vigentes en cuanto a la numeración de los libros del Registro, pero ninguno de ellos indica en qué orden, el de la general, o por Ayuntamientos, con su numeración especial, deben estar colocados en los estantes de la oficina. Parece natural que la numeración general sea la principal y deba servir para el orden de colocación de los libros, pero son muchos los Registros en que lo están por Ayuntamientos y en los que aun las propias notas de inscripción dan preferencia a esta numeración, que pudiéramos considerar, por ser particular, como secundaria.

La Ley y el Reglamento no andan tampoco muy acordes en lo que ha de servir de orientación en este extremo. El artículo 244 de la primera, que habla de la nota al pie del título inscrito, dice que expresará la especie de inscripción que se haya hecho, el tomo y folio en que se halle, el número de la finca y el de la inscripción ejecutada. Ni

una palabra de la expresión del Ayuntamiento a que esa finca pertenezca, ni al número del libro de ese Ayuntamiento. Por el contrario, el artículo 289 del Reglamento, al hablar de la nota al margen del asiento del Diario, dice: "En el tomo del Ayuntamiento, finca número . . . , inscripción número ..." Ni una palabra tampoco de la numeración general que a ese libro corresponda.

En esta antinomia, nosotros nos inclinamos por la prioridad y mayor importancia de la numeración general y por la colocación de los libros en las oficinas conforme a esa numeración. De los varios inconvenientes que lleva el ordenarlos por Ayuntamientos tuve una prueba palpable en uno de los Registros por mí servidos; al instalarme en la localidad hube de trasladar la oficina a mi casa y comencé a colocar los tomos, encontrándome con que faltaban diez; después de las buscas, tremolinas con el personal y disgusto consiguientes, pudimos averiguar que al abrir un libro nuevo, el 431 de la numeración general, por error se puso 441; pero como este libro no se colocó al lado del 430, en cuyo caso se hubiera visto en seguida la equivocación, sino en su sitio del Ayuntamiento respectivo, ese error perduró unos cuantos años, y al rectificarse la estadística de aquél, acusó en la oficina diez libros menos, no obstante haberse abierto siete más.

No somos partidarios del encasillado total de los folios, porque la diversidad de convenciones susceptibles de inscripción hacen difícil su acomodo en casillas, pero sí creemos que podría aumentarse alguna, o bien dejarse un folio completo al principio de los de cada finca, para el objeto que pasamos a exponer. La descripción de la finca, cuando las inscripciones son pocas, se examina sin gran dificultad; pero cuando son muchas, extendidas en transcurso de muchos años y con varios pases a distintos libros, de la inscripción primitiva, más especialmente en las rústicas, apenas si se conserva el sitio y no siempre la cabida; por una inscripción se varía un lindero; por otra, otro, o se dice que la cabida actual es tal o cual, según nueva medición, o que el sitio se llama ahora de tal otro modo, y todo esto hay que irlo buscando a través de libros y de inscripciones diversas. Podría haber un sitio en el primer folio de cada finca, o una casilla especial en que se consignara la primitiva descripción y se hicieran constar a continuación las variaciones subsiguientes, diciendo, por ejemplo: "Por la inscripción tal se dice que el lindero Norte es ya tal cosa." De este modo, el comienzo de

todas las inscripciones harían referencia a ese folio o casilla, y allí sería donde únicamente habría que ir a buscar la descripción actual.

Algo de esto puede repetirse respecto de las cargas. La busca de éstas en las fincas que tienen muchas, unas canceladas y otras vigentes, es cosa catastrófica, doblemente porque en bastantes Registros, al enumerarlas en cada inscripción, se limitan a decir: "Esta finca está sujeta a las cargas que expresan las inscripciones anteriores", y esto aunque la finca no tenga carga alguna. Como ello dificulta extraordinariamente el examen, y arrastrar todas las cargas en cada inscripción significaría aumentar enormemente la extensión de éstas y perder mucho tiempo en cada una, cabría perfectamente relacionarlas todas en un folio o casilla, y cuando alguna se cancelara, además de la inscripción correspondiente, nota marginal del asiento cancelado y de hacerlo constar en el folio o casilla especial, debería cruzarse aquél con tinta roja y subrayar también en esa forma la mención de la carga primitivamente hecha en dicho folio o casilla. La relación de cargas en cada inscripción sería de referencia, en esta o parecida forma: "Las cargas se indican en el folio tal, en la tal casilla."

Desde aquellas inscripciones kilométricas en las que se copiaban los supuestos de las testamentarias, y aún hemos visto alguna en que se insertaban también las advertencias legales de los contratos, cosas de las cuales quizás tuvo alguna culpa el Arancel anterior a 1888, hasta las inscripciones actuales, hay una grandísima diferencia; pero todavía en las oficinas en que queda personal antiguo, cuesta trabajo hacerle prescindir de incluir en las inscripciones cosas innecesarias que en nada afectan a la finca ni al derecho que se trata de inscribir. El problema de reducir el tamaño de las inscripciones está relacionado intensamente con el número y tamaño de los libros, con el de su coste y con la conveniencia de no aumentar más el personal auxiliar, a fin de no recargar también los gastos de las oficinas, que, como ya hemos dicho en otra ocasión, en muchas llegan y aun rebasan el 50 por 100 del ingreso bruto.

La supresión en las inscripciones de toda palabra o concepto inútil supone, en el volumen global de todas las de un Registro, ahorro de tiempo, trabajo y papel, ese papel de cuya penuria y carestía tardamos mucho en librarnos durante y después de la guerra anterior y de los que sabe Dios cuándo nos libraremos al terminar la actual. En las oficinas que extienden muchas inscripciones, esa supresión es im-

portantísima; téngase en cuenta que, aparte de crecimientos esporádicos, Ubeda, con 37.003 inscripciones; Castro del Río, con 16.993; Marchena, con 15.604 (*Anuario* de 1935), hay Registros que normalmente se aproximan o pasan de las 10.000: Arévalo, 12.002; Peñaranda, 8.119; Tortosa, 7.364 (dicho *Anuario*).

La separación de la descripción y las cargas del cuerpo de las inscripciones ya sería un gran ahorro de palabras, pero habría que ir a la supresión total de todo concepto ajeno a la finca o al derecho que se inscribe, a consignar, sólo en cuanto al pago del Impuesto, el nombre de la Oficina liquidadora, fecha y número de la carta de pago, suprimiendo la cantidad pagada y, desde luego, el inútil archivo de la referida carta de pago. En las inscripciones concisas sólo debiera relacionarse el documento principal que produce la inscripción, prescindiendo por completo de los complementarios, y en el Diario cabría suprimir la inútil firma del presentante, como se hace ya en los del Registro Mercantil. Nos remitimos en todo esto a lo por nosotros publicado en el número 123 de esta REVISTA, correspondiente al mes de marzo de 1935; entonces hicimos algunos modelos que se han utilizado en algunas oficinas después.

El libro de honorarios, desconectado con el Arancel actual, no tiene casillas para varios conceptos en éste incluidos, y los honorarios que ellos producen cada Registrador los coloca en la casilla que le parece mejor, lo cual ocasiona una encantadora desarmonía. A raíz de publicarse el Arancel actual hicimos un modelo de libro de honorarios adaptado a él, que presentamos en la Dirección general, pero no debió entonces considerarse necesaria la reforma.

Otro problema interesantísimo es el de los índices, y este momento el más oportuno para abordarle de una vez, ya que son muchos los Registros en reconstrucción. No es un secreto para nadie que los índices se han llevado muy defectuosamente en los Registros, por causas diversas, pero más especialmente por aquellas famosas interinidades que arrojaban sobre nuestras oficinas a todos los Abogados sin pleitos amigos de los políticos al uso, que sólo iban a despachar de prisa y cobrar pronto, sin importarles un ardite de índices ni otros detalles para ellos sin interés. En algunos de los Registros servidos por el que esto escribe no se había puesto una finca en índices desde muchos años atrás, y fué necesario hacer todos ellos nuevos, para salvar responsabilidad y poner aquello en orden.

Hay que confesar, de todos modos, que llevar simplemente los índices de fincas por Ayuntamientos, y dentro de ellos por orden alfabético conforme al modelo oficial, es insuficiente, y que aun siendo los índices completos, y lo son pocas veces, es difícilísima la busca, y dudosa muchas veces la identificación. Aun en este sistema cabe separar por hojas cada pago o partido dentro de cada letra y poner los cuatro linderos en vez de dos; así encontramos unos índices con hojas de formato especial para ellos, muy bien hechos y cuidados, en el Registro de Hervás, obra del Registrador, ya fallecido, D. Francisco Delgado y Parejo, a quien sustituímos, obra que, aunque más modestamente, procuramos después imitar en otra Oficina. No hay duda que este sistema perfecciona el oficial, y separando como queda dicho los sitios y parajes según sus nombres, facilita las buscas; pero, aparte de que es insuficiente en los Registros de muchas fincas, deja todas las muertas por agrupación o división, como si estuvieran vigentes; hay que ir, por ello, al índice por fichas que hemos preconizado siempre, que facilita extraordinariamente la busca, que en la misma ficha permite anotar las variaciones de linderos, cabida y aun de propietarios, y, sobre todo, que elimina todas las fincas muertas, con lo que se logra reducir el índice a las que subsisten en todo momento.

Estas dificultades de los índices de fincas por hojas sube de tono en los índices por personas; éstos, según el artículo 253 del Reglamento, se llevarán por Registros y no en hojas sueltas, sino por libros o cuadernos, foliadas y selladas sus hojas, de forma que en los Registros rurales, y más aún en los de mucho movimiento, Alcira, Gandía, Martos, el número de libros en que hay que hacer cada busca es enorme, pues en estos libros, sin posible eliminación, están incluidas todas las generaciones de propietarios que existen y han existido desde 1863 y estarán todas las sucesivas, si no se pone remedio al concepto de pequeñez de que antes hemos hablado, conforme al cual se redactó este artículo. Claro es que, en la práctica, los índices de personas se llevan en muchas oficinas por Ayuntamientos y en hojas sueltas, pero los nombres de los propietarios que dejaron de serlo allí están, sin eliminación posible, para desesperación de los que tienen que hacer buscas para manifestar o certificar. Con los índices de personas por fichas sólo quedarían en el fichero los propietarios que lo fueran en cualquier momento, y las fichas eliminadas de este índice, y aun del de fincas, podrían destruirse o conservarse, si parecía conveniente, en fiche-

ro aparte, sólo para el caso de busca de antecedentes antiguos, por razones de pleitos, etc., pero sin que en tal caso fuera obligatorio la busca en éste sino en los casos especiales citados u otros que pudieran determinarse, con retribución también especial.

No existen reglamentariamente en los Registros índices de gravámenes. ¿Sería conveniente ir formándolos, aun reducidos a embargos e hipotecas? No nos atrevemos más que a lanzar la pregunta.

Ya se nos ha dicho que esos índices por fichas son caros y difíciles de formar; son caros, efectivamente, y por eso no puede pensarse en ellos en los Registros no destruídos, mientras las circunstancias y, sobre todo, el precio del papel no sean normales; pero cabría comenzarlos en las oficinas en reconstrucción—algún compañero lo está haciendo así—, y en las demás ir haciendo, cuando fuera posible, las fichas de las fincas que tienen movimiento o son inmatriculadas, y de los nuevos propietarios, dando en su día un plazo prudencial para la confección total.

Alguien de gran autoridad en estas materias habló de la posibilidad de que se perdiera una ficha; todo es posible, pero las fichas no tendrían que salir de su fichero, y aun admitiendo la posibilidad de pérdida de alguna, piénsese que con el actual sistema se han perdido seguramente hojas sueltas de índices o desprendidas de los libros, y cada hoja contiene muchas fincas o muchos propietarios.

Todos estos problemas están enlazados con el de las casas-archivos, que evitarían las frecuentes mudanzas, destructoras de los libros y del material, y con el anticipo para el adecentamiento de las oficinas y renovación del mobiliario, idea muy feliz del Colegio Nacional de Registradores. Hay que ir a ello, pues nosotros más que nadie debemos desear que los Registros estén materialmente en el primer plano, como la carrera lo está por todos conceptos.

JULIÁN ABEJÓN.



## Las disposiciones transitorias de la codificación española (\*)

Después de largas discusiones, entre otros puntos, para separar el momento en que las leyes son ejecutivas (promulgación), de aquel tras el que serán ejecutadas (*seront exécutées*) (*Inkrafttreten*) (1), tras un plazo para su conocimiento, el proyecto del año VIII decía: "El primer efecto de la Ley es poner término a las discusiones y fijar todas las incertidumbres sobre los puntos que regula. *La Ley no dispone más que para el futuro, no tiene efecto retroactivo*. No obstante, una Ley, explicativa de otra Ley precedente, regula hasta el pasado, sin perjuicio de lo ya juzgado en última instancia, las transacciones y decisiones arbitrales, ya con fuerza de cosa juzgada (2) (artículos 2 y 3, libro preliminar, título IV)".

Dadas las peticiones de varios Tribunales de Apelación, que informaron exponiendo sus temores de que la excepción de las leyes explicativas no originase cuestiones, y dado que en la discusión en el Consejo de Estado se consideró que la excepción de las leyes interpretativas es tan evidente, que no precisaba ser declarada, quedó abreviado el artículo al pasar a ser el 2.º del Código: "La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif."

Según Affalter, la redacción se inspiró en el Derecho romano, y en ella no influyó la teoría de los derechos adquiridos (3); en ello coincide

(\*) Véase el número 163 de esta REVISTA.

(1) Affalter: *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, pág. 323, nota 3.ª

(2) "Néanmoins la loi explicative d'une autre loi précédente règle même le passé, sans préjudice des jugemens en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugée."

(3) O. c., páginas 326 y 577, nota 1.ª

Roubier, para el cual, el no hablar el artículo de derechos adquiridos supone volver a la fórmula teodosiana (1).

Según Bonnetcassee, el artículo se compone de dos fórmulas que, según él (2), dicen lo mismo, porque "no disponer más que para el futuro y no tener efecto retroactivo, son una sola y misma cosa: es imponer un límite infranqueable a la omnipotencia de la Ley, el límite del pasado". No vamos a detenernos en la crítica de esta afirmación, de la igualdad de ambas fórmulas, que creemos se mueven en distinto campo, de tal modo que creemos que se puede negar la primera y afirmar la segunda.

El artículo del Código Napoleón así redactado y como encabezando el Código con la declaración de reglas eternas, como se dice en la Exposición de motivos, siendo una de ellas, inspiró varias legislaciones: así, nuestro proyecto de Código civil del 1851 (artículo 3.º), y a través de éste el vigente; el de Nápoles (artículo 2.º), el sardo (artículo 2.º), el del cantón de Vaud (artículo 1.º), el austriaco (artículo 5.º); el del cantón de Lucerna, cuyo artículo 8.º añadía que la Ley "no puede alterar las obligaciones contenidas en los contratos". El Código holandés, artículo 8.º, que, como el proyecto francés, salvaba las leyes interpretativas y añadía: "A menos que se trate de leyes interpretativas o de casos especialmente reservados." El Código bávaro de 1809, que no llegó a tener vigencia, traducía literalmente el francés; así, el artículo 4.º de la Introducción decía: "Ein Gesetz verfügt nur für die Zukunft und hat keine, zurückwirkende Kraft"; igual que el de Baden, Introducción, art. 2.º, párrafo 1.º, en donde rigió aquél directamente.

El Código se introdujo en varios Estados alemanes: en el reino de Westfalia en 1808, en el Gran Ducado de Arenberg en el mismo año, en el Gran Ducado de Berg en 1810, en el de Francfort en 1811, en el de Nassau en 1812, y en el de Baden, así como en los distritos de las bocas del Elva, del Weser y el Ems.

Triunfó, pues, en general, el criterio de incorporar tal declaración general a los Códigos civiles, en contra del que después se sostuvo por Berriat Saint-Prix y Demante y Dabeaux, que pretendían se incluyese en la Constitución de 1848, recordando seguramente, aparte de las ra-

(1) Roubier. "Les conflits de lois dans le temps". *Théorie dite de la non-rétroactivité des lois*. París, Sirey 20. 1929-1933. Tomo I, páginas 207 y siguiente y 312 nota.

(2) Bonnetcassee. "Supplement" al tratado de Derecho civil de Poudry. *La cantinerie*. Tomo II, 1925. París Sirey, página 52

zones teóricas, que ya se había incluido el principio de irretroactividad en las Constituciones francesas, así en la tan célebre como incumplida jacobina del 24 de junio de 1793 y la no menos célebre declaración del artículo 14: "La loi qui punissant des délits *commis* avant qu'elle existât serait una tyrannie: l'effet rétroactif donnée a la loi serait un crime", y el también artículo 14 de la del 5 de fructidor del año III (23 de septiembre de 1795): "Aucune loi, ni criminelle ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif."

También la Declaración de los Derechos del Hombre, artículo 8.º: "Nadie puede ser castigado más que a virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente." Al par que estas bonitas declaraciones, debe siempre leerse la Ley de sospechosos del 17 de septiembre de 1793, y así se verá a la Revolución, tras la careta, el hocico bestial.

También se incluyó una declaración semejante en la Constitución de Noruega, después de su separación, del 31 mayo-4 noviembre 1814, párrafo 92: "A ninguna ley puede atribuirse efecto retroactivo", y en la antigua Constitución de Grecia del 17 de noviembre de 1827, artículo 19: "Las leyes no pueden retroactuar"; en la del Gran Ducado de Sajonia-Altenburgo de 29 de abril de 1831, párrafo 17: "A ninguna ley puede atribuírsele efecto retroactivo."

En las francesas, y por ellas en éstas, influyó, indudablemente, el precedente de la Declaración y las Constituciones norteamericanas, que contenían el principio de la irretroactividad de la Ley: así, la del Estado de Virginia de 1776, artículo 9.º; la del de Delaware del mismo año, artículo 15, y la del de Maryland, también artículo 15, y luego la de los Estados Unidos del 17 de septiembre de 1787, tras la fuerte declaración de la de New-Hampshire del 2 de junio de 1784, artículo 23, párrafo 1.º: "Retrospective laws are highly injurious oppressive and injust. No such laws, therefore, should be made..."

Pero, como dijimos, triunfó el criterio de incorporar la declaración a los Códigos, pues, aparte de los antes dichos, hay preceptos sobre tal materia en los de la Argentina, Uruguay, Portugal, Perú, Chile, Guatemala, Italia, Berna, Lucerna, etc.

En el período liberal español, la influencia francesa es preponderante; sus doctrinas políticas y su Código civil son conocidas e influyentes; por desgracia del pensamiento alemán, sólo se conocía, aparte de sectores más cultos y escogidos, naturalmente, algo de las obras del

romanticismo y un pequeño filósofo, casi sin influjo en su país: Krause; así, sin faltar a la verdad, puede decir Ureña (1) que "entre nosotros, casi todos los juristas, consciente o inconscientemente, aceptan en Filosofía del Derecho las doctrinas krausistas".

No es, pues, de extrañar que en nuestra codificación influyese el Código Napoleón, y, como veremos, algo el argentino, y notaremos en la discusión en el Senado sobre esta materia, que lo que hemos ido señalando era lo conocido y que nadie parecía conocer, y, desde, luego, no influyeron, si de alguien eran conocidos, los precedentes germánicos de disposiciones intertemporales, más casuístas y detallados, mucho más útiles jurídicamente que la regla general americanofrancesa.

Es sensible que cuando en materia inmobiliaria, por el contacto precisamente con el Derecho germano, España daba un paso de gigante con la preparación y publicación de nuestra primera Ley hipotecaria, y las leyes germanas eran bien conocidas y comentadas, en materia intertemporal falta tal contacto y conocimiento, y nadie parece tener noticia de que, tras la declaración del Codex Maximilianus Bavaricus civiles (Bayrische Landrecht) de 1756, que sólo repite la fórmula romana, la del Código austriaco es más objetiva y había tenido un precedente en las leyes dadas a la Galitzia occidental en 1797, refiriéndose ambos a los derechos adquiridos, y que se había publicado la Einführungspatent del Código y repetido en las patentes de publicación para Hungría, Croacia y Eslavonia, y que tal ley austriaca de introducción de 1811 tenía, a más de la disposición general de su párrafo 5.º, disposiciones especiales.

Nadie parecía saber que algunas de sus disposiciones, por ejemplo, los párrafos 8 a 17 sobre prescripción, a pesar del error del párrafo 6.º, eran las más completas y científicas en su época, así como que habían influido en las de los cantones de Argovia, Berna y Lucerna.

También el Código civil de Sajonia y su ordenanza de 1863 contenían disposiciones intertemporales.

Nadie parecía saber, no ya los precedentes bávaros antiguos ni el Derecho del Landrech prusiano de 1721, sino ni la importantísima introducción al Código general prusiano del 5 de febrero de 1794, que ya en su disposición general del párrafo 14 separa actos y hechos (2),

(1) Prólogo a los *Estudios acerca de la evolución del Derecho privado*, de Cogliolo. Madrid, 1898, página 11.

(2) "Neue gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden."

y contiene disposiciones especiales, algunas tan notables como la del párrafo 10, cuyo estudio hubiera sido muy útil a nuestros legisladores para regular el Derecho intertemporal, pero de las que, al parecer, sólo conocían las referencias que a ellas hacía Savigny en su "Sistema", y, por lo tanto, la traducción y publicación de éste no dió un conocimiento ni estudio fructífero de ellas.

Nada de ello influyó en nuestra codificación. La declaración del artículo 2.º del Código Napoleón sobre irretroactividad es recogida por nuestro proyecto de Código civil de 1851, artículo 3.º, como antes dijimos: "Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario", fruto esto último de la fórmula teodosiana y de la discusión habida en Francia sobre si el precepto obligaba o no al legislador.

De la declaración de este artículo dice su comentarista, García Goyena (1), que "la justicia y equidad del artículo 3.º no necesitan encarecerse; la ley, como norma y regla que es de las acciones, no puede tener por objeto sino las acciones futuras; para las pasadas hubo ya otra ley, otra norma y otra regla. ¿Quién estará seguro si a pretexto de una nueva ley pudiera ser inquietado por sus acciones anteriores, ajustadas a otra ley entonces vigente?

No se adelanta un paso; se cree una verdad evidente que no hay que profundizar, ni justificar, ni delimitar conceptualmente. Escribhe dice en sus *Elementos*: "¿Sobre qué tiempo ejerce la ley su imperio, sobre el pasado o sobre el futuro? Puesto que la ley no es obligatoria sino desde su promulgación, es consiguiente que no puede aplicarse a los tiempos pasados, sino sólo a los venideros, y por eso se dice que la ley no tiene efecto retroactivo. Este es un principio conservador de la fortuna, del honor y de la vida de los ciudadanos."

El precepto pasó después a ser el artículo 3.º del proyecto de 1882.

En la ley de Bases, en la 27, párrafo 2.º, se estableció el principio general, que había de recoger el Código, de que las variaciones introducidas por éste que perjudicasen derechos adquiridos no tendrían efecto retroactivo.

El Código lo recoge en su artículo 3.º, igual al de los proyectos: "Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario", y este principio general es aplicado por el Código, a sus mismos efectos, en las disposiciones transitorias y en algunos artículos, que han sido

(1) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852. Tomo I, página 13.

clasificados por D. Felipe Clemente de Diego, en disposiciones generalísimas o, mejor, enunciación de principios (disposición preliminar y décimatercera; disposiciones generales, primera a cuarta inclusives; disposiciones especiales, quinta a décimasegunda, y disposiciones especialísimas, en el articulado: artículos 1.608, 1.611, 1.644, 1.655, 1.939, etcétera).

Las disposiciones transitorias no existían en la edición del Código del 1 de mayo de 1889, en que sólo en un inciso el artículo derogatorio, el 1.976, decía que "las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo", recogiendo así, simplemente, la declaración de la ley de Bases.

Fué en la edición reformada donde se incluyeron, adicionándolas, las disposiciones transitorias que vamos a estudiar. Para entenderlas bien, dado que significaron un gran paso en el Derecho intertemporal español y marcan un progreso sobre la teoría de los derechos adquiridos, con el concepto de derecho nacido y no ejercitado.

Aparte de los precedentes y relaciones antes dichos, vamos a reseñar otros y el inmediato antecedente de las mismas, o sea: a) Exposición de la doctrina transitoria en la magnífica de motivos de la ley Hipotecaria de 1861: no estudiaremos la legislación intertemporal hipotecaria en las distintas leyes y reformas, pero no podemos prescindir de aconsejar la lectura de la teoría expuesta por la gloriosa Comisión en la Exposición de Motivos, que por no alargar más este trabajo no incluimos ni en extracto, pero que aconsejamos sea leída, máxime cuando en la discusión parlamentaria, como veremos, se invocó la legislación hipotecaria. b) Disposiciones del Código argentino de 1869, y c) La discusión parlamentaria, de la que surgió en definitiva la resolución de incorporar al Código las disposiciones transitorias.

a) Sobre la primera, remitimos al lector a la Exposición de Motivos, donde está clara y elegantemente expresada. La necesidad de una reforma a fondo del sistema hipotecario, a pesar de su respeto a lo tradicional, la necesidad de descender a pormenores, el respeto a los derechos adquiridos, renovando el derecho y respetando los creados bajo la ley antigua, para que cada hecho sea examinado y juzgado a la luz de la atmósfera jurídica de su tiempo. La irretroactividad, sin que lo sea *cambiar la forma* de hacerlos efectivos, cosa a que no puede renunciar el legislador; el cambio por ello de las hipotecas generales,

tácitas o especiales expresas, etc., etc., todo está en ella clara y bellamente expresado.

b) Del Código civil argentino, sancionado por el Congreso el 29 de septiembre de 1869 y corregido por la ley del 9 de septiembre de 1882:

*"Título complementario. — De la aplicación de las leyes civiles.*

Artículo 4.078: "Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores cuando sólo priven a los particulares de derechos que sean meros derechos en expectativa; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores cuando destruyan o cambien derechos adquiridos."

Artículo 4.079: "Las leyes nuevas deben aplicarse aun cuando priven a los particulares de facultades que les eran propias *y que aún no hubiesen ejercido*, o que no hubieren producido efecto alguno."

Artículo 4.080: "La capacidad civil de las personas es regida por las nuevas leyes aunque abroguen o modifiquen las cualidades establecidas por las leyes anteriores, pero sólo para los actos y efectos posteriores, sin que la nueva ley pueda invalidar o alterar lo que se hubiese hecho en virtud de la capacidad que tenían las personas por las leyes anteriores, ni los efectos producidos bajo el imperio de la antigua ley."

Artículo 4.081: "Las leyes nuevas sobre el poder y facultades de los maridos se aplicarán aun a los casados antes de su publicación."

Artículo 4.082: "Las garantías que las leyes anteriores a la publicación del Código han dado a las mujeres casadas, en seguridad de sus dotes o de otra clase de bienes entregados a sus maridos, o a los menores o incapaces sobre los bienes de sus tutores y curadores, a los hijos sobre los de sus padres, y los gravámenes impuestos a los administradores de fondos del Estado, son regidos por las nuevas leyes con excepción de las prendas o hipotecas expresas que se hubiesen constituido, las cuales serán regidas por las leyes del tiempo en que se constituyeron."

Artículo 4.083: "Las acciones rescisorias por causa de lesión, que nazcan de contratos anteriores a la publicación del Código civil, son regidas por las leyes del tiempo en que los contratos se celebraron."

Artículo 4.084: "Las adopciones y derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopciones por las nuevas leyes, son regidas por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos"; y

Artículo 4.085: "Las prescripciones comenzadas antes de regir el nuevo Código están sujetas a las leyes anteriores; pero si por esas leyes se requiriese mayor tiempo que el que fijan las nuevas; quedarán, sin

embargo, cumplidas desde que haya pasado el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día en que rija el nuevo Código"; y

c) Discusión en el Senado, entre Silvela (D. Luis) y Aldecoa.

*Silvela*: "Hay otro artículo del título preliminar que exige sobre él algunas palabras; ese artículo es el segundo (hoy 3.º), que dice que las leyes no tienen efecto retroactivo, combinándolo con el artículo 1.976, el último del Código, que establece lo siguiente: Las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tienen efecto retroactivo." Nada más conforme con la Base que ambos artículos, y nada, sin embargo, más embrionario que el artículo 1.976. Nada más conforme, repito, con la Base; pero ésta es para que se desarrollase, y en vez de desarrollarla, se ha copiado. Efecto retroactivo de la ley vale tanto como decir que *un acto* ejecutado al amparo de la ley y sus *legítimas consecuencias* continuará rigiéndose por esa misma ley, aunque ésta varíe. Es, por consiguiente, principio de que la ley no tenga efecto retroactivo el que el acto y todas sus legítimas consecuencias continuarán rigiéndose por la ley dentro de la cual nacieron.

Ahora bien: todas las variaciones y modificaciones que en este Código se introducen no tendrán efecto retroactivo. Yo, al mirar las dos líneas de este artículo, experimento el mismo horror que si me encontrase a la vista de un abismo sin fin. En este artículo hay pleitos para dos o tres generaciones, porque forzosamente la jurisprudencia tendrá que definir una cosa tan grave y tan difícil como ésta: *¿Cuáles son los derechos adquiridos? ¿Qué son derechos adquiridos? ¿En qué el derecho adquirido es el que se tiene, aunque no se ejercite? ¿Es que para decir que se ha adquirido un derecho es indispensable que se ejercite? ¿Cuáles son los derechos adquiridos que pueden ser lesionados por las variaciones de este Código?* Por ejemplo: ¿es que todos los hijos que hoy existen tienen derecho a impedir que sus padres, ni en vida ni en muerte, dispongan más de un quinto? Pues bien: si esto es así, todos los hijos que hoy viven y todos los hijos engendrados hoy, aunque no hayan nacido, y con tal de que nazcan, tienen el derecho adquirido de que no puedan disponer sus padres de sus bienes en la forma y manera que establece el nuevo Código, sino que ellos serán los únicos que puedan hacer esa variación, y aun eso es dudoso. Una persona tiene hecho hoy un testamento, el cual, por ejemplo, contiene una cláusula "ab cautelam", mediante la cual no podrá derogar ni modificar dicho



testamento entretanto que no emplee esa cláusula. Pues bien: esa cláusula ya no es posible con arreglo al nuevo Código civil. Esa persona, ¿tiene derecho a hacer otro testamento que contenga esa cláusula, puesto que este derecho lo tiene adquirido? Los que vivimos hoy y tenemos ese derecho adquirido, hayámosle o no ejercitado, ¿podremos, entretanto que no nos falte el aliento, hacer testamento con la cláusula "ab cautelam"?

Hoy se impide el testamento de mancomún entre marido y mujer; perfectamente prohibido por esa mezcla informe de testamento y de contrato: pero ¿es que todos los esposos hoy no tienen el derecho adquirido de hacer un testamento de mancomún? ¿Es que las personas que lo han hecho no tienen derecho adquirido para hacerlo?

¿Es que los hijos que hoy existen no tienen también derechos adquiridos? ¿No pueden evitar, por ejemplo, que su madre, si queda viuda, perciba esa parte que hoy el Código la concede?

Pensando en todo esto, realmente, la persona que mira por el bien de su país y que considera que los pleitos son un mal, como es un mal la enfermedad, no puede menos de admirarse cómo estas cuestiones tan graves se deja que se resuelvan por un artículo que tiene sólo una línea y media. Yo no he podido imaginar más que algunos de los muchísimos casos que pueden acontecer; pero el número de ellos es infinito, y será indispensable que la jurisprudencia, después de luchas, de cuestiones, de disgustos y de ruina en las familias, venga a establecer una jurisprudencia que pueda suplir esta deficiencia completamente incalificable del Código.

Introdujo la ley Hipotecaria una modificación importante en el modo de ser de nuestra propiedad, la variación más importante que se ha hecho en todo este siglo, pues dos terceras partes de la ley Hipotecaria están destinadas a marcar las reglas del cambio y con las que se ha de verificar la transformación del antiguo al nuevo sistema. ¿Imagináis acaso que con línea y media puede sustituirse una tercera parte de la ley Hipotecaria? ¿Creéis que de esta manera se puede legislar, diciendo sencillamente que las modificaciones introducidas en el Código no tendrán efecto retroactivo respecto a los derechos adquiridos? ¿No es verdad que asustan las dudas y cuestiones que esto puede producir? Desearía yo que se encontrase una fórmula para contestarme, porque me alegraría estar equivocado y hallar medios de resolver estas cuestio-

nés a que puede dar lugar esta línea y media del Código civil" (1):

*Aldecoa:* Decía el Sr. Silvela: "¿Qué va a suceder con la vaguedad de esta disposición? (artículo 1.976, párrafo último). Pero ¿dónde ni cómo vamos a saber si un derecho está o no adquirido?" En primer lugar, entiendo, señores senadores, que al decir el Código "derechos adquiridos", implícita, pero claramente, excluye lo que sólo puede ser esperanza de derechos, y, por tanto, la cuestión queda reducida única y exclusivamente a la no retroactividad de las variaciones introducidas en este Código para los derechos realmente adquiridos.

Y tratándose de derechos adquiridos, yo me atrevo a preguntar al Sr. Silvela: ¿en qué Código de los publicados ha encontrado S. S. que el legislador haya descendido a determinar y clasificar qué derechos han de entenderse adquiridos y cuáles no, una vez establecido en absoluto el principio de la no retroactividad para estos derechos? (2) Yo comprendo, y lo he visto en algún Código, que se haga distinción entre derechos adquiridos y esperanzas de derecho; pero aquí no había necesidad de hacerla, porque desde el momento en que se dice que no se perjudicarán derechos adquiridos, claro está que la mera esperanza de derechos no está incluida en esta última disposición del artículo 1.976. ¿Sería posible ni necesario que tratándose de derechos adquiridos, en el sentido subjetivo de la palabra, descendiera el legislador a clasificar la inmensa variedad de los derechos que con ocasión de los actos humanos y a la sombra de una legislación determinada puede adquirir el hombre? Esto es imposible de toda imposibilidad, y creo que quien acometiera una empresa de semejante tamaño fracasaría por completo. La ley no ha dicho, ni podía decir, más de lo que dice.

Otra cosa hubiera sido si hubiese pretendido establecer determinadas excepciones; entonces no había tenido otro remedio que enumerar y explicar uno por uno los casos de excepción; pero si asienta en absoluto el principio de la no retroactividad para los derechos adquiridos, en el mero hecho de hablar de derechos adquiridos claro está que excluye todo lo que no es sino esperanzas de derechos. ¿Cómo había de descender el legislador a esa clasificación de casos concretos y determinados? En esto no puede hacerse más que resolver las dudas y casos que ocurran con arreglo a los principios de la legislación rei-

(1) *Discusión parlamentaria del Código civil* (Senado) Madrid, 1891 Páginas 361 a 363.

(2) La ignorancia de las disposiciones intertemporales de las codificaciones germánicas es palpable.

nante, aplicándola a los *hechos o actos* acaecidos durante su reinado; pero lo de dar reglas generales comprensivas de todos los casos, permítame el Sr. Silvela que le diga que es imposible de toda imposibilidad" (1).

*Silvela*: "Voy a hablar ahora acerca del efecto retroactivo, que menciona el artículo 1.976. Señores senadores: hay, me parece a mí, dos sistemas en esto del tránsito del antiguo al nuevo sistema. Por el primero, las leyes no tienen efecto retroactivo, y nada más. Todo derecho, por consiguiente, existente a la publicación de la nueva ley permanece íntegro e indiscutible. Esto retarda, evidentemente, el momento en que entra a ejercer su verdadero influjo la nueva ley; respeta todos los derechos existentes y retarda la aplicación de los nuevos principios hasta que hayan concluido, perecido y desaparecido todos los derechos adquiridos. Este es un sistema completo y verdaderamente aceptable.

Hay otro sistema, que consiste en desear que el nuevo sistema, sin perjudicar en ningún caso los derechos adquiridos, que quizá no desconoce, sino que transforma, entre inmediatamente en ejercicio, y entonces es indispensable una legislación algún tanto larga para que entre en ejercicio y se aplique la nueva ley. La mayor parte de los Códigos civiles, o al menos muchos, han aceptado el sistema de no dar efecto retroactivo a sus disposiciones, porque así las dificultades no son grandes, o al menos, si las hay, se pueden resolver.

Hay otros Códigos en que preside el pensamiento de que las nuevas disposiciones empiecen a regir, aun dando un poco de violencia a eso del efecto retroactivo. Y entre nosotros nos encontramos con una ley magnífica, la ley Hipotecaria. ¿Contentóse la ley Hipotecaria diciendo que "no tendrá efecto retroactivo"? No; la ley Hipotecaria, aunque no consignó si tendría o no efecto retroactivo, como principio general (2), estableció que en unos casos lo tendría y en otros no. Y nos hallamos con una porción de disposiciones importantísimas de la ley Hipotecaria, destinadas exclusivamente a marcar la manera de pasar del antiguo al nuevo sistema.

Este Código (el civil), con arreglo a las Bases, no debía consignar el principio de que no tenía efecto retroactivo, ni tampoco que lo

(1) O. c., páginas 492 y siguiente.

(2) En la Exposición de motivos sí se habla de este "principio salvador" y de que "la ley no puede tener fuerza retroactiva" al tratar de la liberación.

tuviese, de manera que, sin respetar los derechos adquiridos, empezase a regir inmediatamente. ¿Y qué se estableció? Pues que se respetarían los derechos que se hubiesen adquirido. Obligaba esto, por consiguiente, al legislador, que no podía contentarse con consignar las mismas palabras de la Base, a establecer las reglas del tránsito del antiguo al nuevo sistema, a haber hecho alguna cosa que algunos Códigos hay que la tienen.

La declaración de que hablaba el Sr. Aldecoa, con tanta oportunidad, respecto a no considerar derechos adquiridos las esperanzas de derechos, o los *derechos que no hubiesen sido ejercitados*, es un principio que se encuentra consignado al final del Código de la República Argentina, y allí, por ejemplo, se podrá decir a una persona: "Usted tiene derecho a hacer testamento mancomunado. ¿Lo ha hecho usted? —No, señor. —Pues entonces, como no ha ejercitado usted este derecho, y según el artículo tantos del Código civil los derechos no ejercitados no son derechos adquiridos, no puede usted ya hacer testamento mancomunado desde la publicación de este Código. —Es que lo tengo hecho. —¡Ah! Entonces lo ha ejercitado usted", y al menos esta cuestión, que preocupa hoy a muchísima gente y ha preocupado a muchos senadores, a los cuales honradamente yo no les he podido contestar cuando me han preguntado, como tampoco han podido contestar varios compañeros a quienes también se han dirigido, esta cuestión, repito, habría desaparecido.

Reglas y principios como éste, no relativos a casos concretos, pudieran establecerse en el Código; situaciones, por ejemplo, de derechos; *derechos reconocidos* en la antigua ley y no ejercitados; *derechos reconocidos en la antigua ley y ejercitados*, verbigracia, respecto a herencias; ninguna herencia que no esté causada a la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores, sino por las vigentes. Esto haría que el Código entrase en vigor más pronto; tal vez esto no sería justo, pero se establecerían principios muy semejantes a los que he indicado, teniendo en cuenta derechos sucesorios, derechos adquiridos, derechos nacidos de contrato. Estos principios pudieran desenvolverse sin una gran dificultad a la conclusión del Código, desarrollando el precepto que las Bases consignaban. ¿Podrían resolverse todos los casos concretos? Absolutamente imposible, porque el legislador no puede hacerlo. Pero entre que no se resuelvan todos los casos concretos, porque ésta no es la misión del Código, y que no se resuel-

va ninguno, dejando esa vaguedad de los derechos adquiridos ante las variaciones de la presente ley, hay, sin duda, un término muy prudente, que consiste en desenvolver el pensamiento, no precisamente como yo he dicho, pero en la forma, en la manera, por el camino, por el procedimiento, con esta tendencia que acabo de indicar. Por eso me parece imperfectísimo, y yo lo calificué y vuelvo a calificarlo de embrionario, ese artículo 1.976 del Código civil" (1).

*Aldecoa:* Creía que respecto a los dos sistemas de que había hablado el Sr. Silvela "el primer sistema es el que se sigue en esta ley".

En primer lugar, el artículo 3.º del título preliminar dice terminantemente: "Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusiesen lo contrario", y en consecuencia de este precepto absoluto viene después el del artículo 1.976, en que se consigna que "las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo". Pues si S. S. mismo ha reconocido que cuando se sigue este sistema y cuando se establece en absoluto el principio de no retroactividad de las variaciones introducidas en una ley respecto a los derechos adquiridos, no hay necesidad ni se puede hacer género alguno de clasificaciones para determinar en cada caso concreto cuáles son estos derechos adquiridos, me parece que debe estar satisfecho el Sr. Silvela" (2).

ANTONIO MARÍN MONROY

Notario

(1) O. c., páginas 507 y siguiente.

(2) O. c., páginas 528 y siguiente.

## La ejecución procesal en la ley Hipotecaria (\*)

1. Iniciación: C) Las notificaciones. D) La administración interina de la finca.

2. Enajenación de los bienes: la subasta: A) Sus condiciones.

C) El último de los trámites normales (1) que integran el primer período de la ejecución lo componen las notificaciones de que trata la regla 5.<sup>a</sup> del art. 131.

La importancia extraordinaria de este precepto reside en que por él podemos llegar a la determinación de las personas legitimadas para intervenir—como *partes* o como *interesados*—en una ejecución hipotecaria. Ahora bien: este problema fué ya estudiado por nosotros al examinar los sujetos del proceso en el apartado IV del presente trabajo, y allí se hizo también la crítica del contenido de la regla 5.<sup>a</sup>. Por ello debemos limitarnos ahora a expresar lo referente a dichas notificaciones como *trámite del procedimiento*, en cuya exposición indicaremos: a) cuándo se hacen; b) en qué forma; c) con qué efectos.

a) Como es natural, la notificación procede *después* de que obre en el Juzgado la certificación a que se refiere la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 131 recién examinada. Esta certificación es la que ha de indicar si existen personas a las que sea preciso hacer la notificación.

Tales personas pueden ser, según ya sabemos, las partes o interesados. Con respecto a aquéllas dice el primer párrafo de esta regla: "Si de la certificación del Registro apareciese que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio o de posesión a que se refiere el extremo primero de la regla 4.<sup>a</sup> no ha sido

(\*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

(1) Puesto que, eventualmente, puede existir también la petición y concesión, en su caso, de la *administración interina* de que más tarde se hará mención.

requerida de pago en ninguna de las formas notarial o judicial antes indicadas, se notificará a la misma la existencia del procedimiento en el lugar prevenido en la regla 3.<sup>a</sup> de este artículo, para que pueda, si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca "

Por regla general, la parte contra quien se dirige la ejecución conocerá ya su existencia por el requerimiento que el acreedor o el Juez han de hacerle. Pero esto, que es cierto en todo caso con respecto al deudor (1), puede no serlo respecto del tercer poseedor de la finca si no ha acreditado al acreedor la adquisición del inmueble, puesto que en semejante supuesto la práctica de dicho requerimiento no es preceptiva, a tenor del número 3.<sup>o</sup> de la regla 3.<sup>a</sup> del artículo 131. Por ello es posible que exista un tercer poseedor—parte en el procedimiento—que desconozca su existencia y que deba ser notificado.

Con respecto a los interesados, según el párrafo 2.<sup>o</sup> de la regla 5.<sup>a</sup>, "cuando de la susodicha certificación aparezca alguna carga o derecho real constituido con posterioridad a la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se notificará también, para los efectos indicados en el párrafo anterior, la existencia del procedimiento a los acreedores que se hallen en ese caso, y cuando dichos acreedores satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas aseguradas con la hipoteca de la finca, quedarán subrogados en los derechos del actor, debiendo hacerse constar el pago y subrogación al margen de la inscripción o inscripciones de hipoteca en que dichos acreedores se subrogan y de las de sus créditos o derechos respectivos, mediante presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades adeudadas o del oportuno mandamiento judicial en su caso", añadiendo en el párrafo 3.<sup>o</sup> que "por el concepto referido no se devengará impuesto alguno".

Sabiendo ya la interpretación que ha de darse a este precepto en cuanto a quiénes son las personas que deben estimarse incluidas en él, no ofrece dificultad el problema de cuándo ha de notificarse; obsérvese, en efecto, que aquí, como en el caso anterior, el trámite es *eventual* y puede no existir si nadie se encuentra en las condiciones fijadas por la ley.

(1) Por lo que toca al hipotecante distinto del deudor sabido es que nuestra ley no regula expresamente tal hipótesis.

b) Para la práctica de la notificación (*forma* de hacerla), deben tenerse en cuenta los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, en particular la sección 3.<sup>a</sup> del título VI de su libro I, artículos 260 y siguientes. Ahora bien: si la palabra "notificación" se toma aquí en *sentido estricto* (1), cabría preguntarse si no sería más conveniente el término de "requerimiento", puesto que se indica la necesidad de que el notificado pague, sobre todo en el caso del tercer poseedor, en el que no se ve qué diferencia puede haber entre aquel cuya existencia se conoce entonces de recibir la certificación del Registro (al cual—tercer poseedor—se le *requiere* notarial o judicialmente) y el que aparece en dicha certificación (a quien se le *notifica*). En la práctica, el problema puede resolverse, no obstante, sin dificultad, porque también los requerimientos "se notifican"—en sentido amplio— (2), y, consiguientemente, no hay obstáculo en admitir la terminología de la ley, a sabiendas de que en este caso notificación y requerimiento producen análogo efecto y la forma legal de los segundos se remite en sustancia a la prescrita para los primeros, salvo el punto concreto de la contestación del requerido, que en la ejecución hipotecaria no estimamos admisible por aplicación del término expreso que contiene la regla 5.<sup>a</sup>.

c) En cuanto a los *efectos* de la notificación, el normal, a cuya producción está destinada, es el de dar a conocer la existencia del procedimiento a las posibles partes e interesados en la ejecución. Pero puesto que a la notificación va unido un requerimiento de pago, hay que tener en cuenta las consecuencias de que el pago se lleve a efecto en el presente estadio procesal.

El pago hecho por tercer poseedor equivale al que realiza el deudor o dueño de los bienes en las etapas anteriores del procedimiento, es decir, que origina su extinción. Ahora bien: según el párrafo 1.<sup>o</sup> de la regla 5.<sup>a</sup>, ha de pagarse no sólo el importe del crédito, sino también "los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca". La alusión a las costas pone de manifiesto: 1.<sup>o</sup> Que se confirma el criterio antes apuntado sobre la extensión de la hipoteca a las mismas. 2.<sup>o</sup> Que no cabe aquí, como en el caso citado más arriba, imponer las costas al vencedor—acreedor ejecutante—, porque si el requerimiento no se ha practicado antes, supone la ley

(1) Como distinta, por tanto, de la citación, emplazamiento y requerimiento

(2) Artículo 275 de la ley de Enjuiciamiento: "los requerimientos se harán notificando al requerido en la forma prevenida la providencia en que se mande



que la omisión debe imputarse al propio tercer poseedor, que no acreditó al ejecutante la adquisición del inmueble.

En cuanto al pago que haga el titular de alguna carga o derecho real sobre la finca, constituido "con posterioridad" a la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito del actor, no da lugar a la extinción del procedimiento, porque el que paga queda subrogado en los derechos del actor (párrafo 2.º de la regla últimamente citada) (1); es decir, que puede continuar a su instancia la ejecución, pero la subrogación queda limitada al caso de que pague uno de los acreedores a que se refiere el párrafo 2.º de la regla 4.ª, no *al pago de un tercero*, que no puede pretender colocarse en el lugar del demandante primero (2).

D) Como trámite eventual dentro de este período preparatorio, podemos considerar la petición y—en su caso—concesión al actor de la *administración interina* de la finca sobre la que recae la ejecución.

Dicha administración interina es regulada en la disposición 4.ª del artículo 131, a tenor de la cual, "transcurrido el término de diez días desde el requerimiento al pago practicado en cualquiera de las formas indicadas en las reglas anteriores, el actor podrá pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca, si así se hubiese pactado en la escritura de constitución de la hipoteca o tuviese reconocido expresamente el derecho por alguna ley".

"El actor percibirá en dicho caso las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiese estipulado, y los frutos y rentas posteriores, cubriendo con ello los gastos de conservación y explotación que la misma finca exija, y después su propio crédito." En el estudio de esta regla, como en los casos anteriores, debemos examinar los presupuestos, práctica y efectos.

a) Entre los primeros hay que citar la petición del actor, su fundamento y el lapso de tiempo que ha de transcurrir desde el comienzo de la ejecución para que se admita.

1.º Al decir la regla 6.ª del art. 131 que "el actor podrá pedir la administración o posesión interina de la fianza", da a entender que

(1) Los restantes efectos hipotecarios del pago: su constancia en el Registro, mediante los oportunos documentos y la no exacción de impuestos a que se refiere el resto de este párrafo 2.º caen fuera de los límites de nuestro trabajo.

(2) En el mismo sentido una consulta publicada en la *Revista de Derecho Privado* (febrero de 1917), con el título "Sobre la naturaleza de la acción cuya ejecución regula el artículo 131 de la ley Hipotecaria".

es precisa dicha solicitud para que la administración se conceda; es decir, que el Juez *no puede acordarla de oficio*, aunque la escritura de constitución de la hipoteca consigne expresamente tal derecho. La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros lo ha declarado así recientemente en la resolución de 13 de junio de 1935, donde se indica la necesidad de la petición, y, en caso negativo, la posibilidad para el dueño de los bienes de continuar en la administración (1).

2.º Pero este es un derecho que sólo puede ejercitar, según la regla 6.ª del art. 131, el acreedor, "si así se hubiese pactado en la escritura de constitución de la hipoteca ó tuviese especialmente reconocido el derecho por alguna Ley". No existe aquí, por tanto, como en el aseguramiento de bienes litigiosos de la Ley de Enjuiciamiento, la remisión al criterio judicial, que decida en cada caso sobre la procedencia o no del cambio de administración (2). Pero, por otra parte, hay que tener en cuenta que el nuevo régimen—transitorio—sobre suspensión de subastas, para evitar la depreciación de la propiedad inmueble, ha extendido considerablemente la aplicación de este trámite al ser el sustituto de las disposiciones ulteriores sobre adquisición de fincas (3).

3.º En las hipótesis de la Ley Hipotecaria es preciso, además, el transcurso de un determinado plazo para que la petición sea admisible. Comienza este plazo en el día siguiente a aquel en que el requerimiento de pago notarial (supuesto de la regla 3.ª) o judicial (supuesto de la regla 4.ª), o la notificación (supuesto de la regla 5.ª), se haya hecho (*dies a quo*) (4) y termina a los *diez días* de su iniciación (5). Cuando el requerimiento se haya hecho mediante acta notarial, el plazo marcado no paraliza la demanda del actor, porque debe haber transcurrido con anterioridad a la presentación del escrito inicial (núm. 3.º de la regla 3.ª).

(1) ¿*Quid* si lo piden a un tiempo dos o más acreedores en quienes concurren el resto de condiciones legales? La ley no contiene solución para este caso. Véase la alusión en Morell: ob. y tomo cit., pág. 121.

(2) En contra de los mismos precedentes legales, porque el Decreto de 5 de febrero de 1869, del que se originó la regla actual, concedía el derecho al acreedor, aunque no se hubiera pactado.

(3) Véanse los Decretos-leyes de 1 de diciembre de 1936, 21 de septiembre de 1937 y 20 de septiembre de 1938, que autorizan al acreedor a pedir la administración interina de la finca dentro del plazo por ellos marcado.

(4) Artículo 303 de la ley de Enjuiciamiento: "los términos judiciales empezarán a correr desde el día siguiente al en que se hubiere hecho el emplazamiento, citación o notificación..." Creemos aplicable también este precepto al requerimiento notarial.

(5) Descotándose los inhábiles (art. 304, párrafo 1.º de la ley Procesal), pero entrando en el cómputo el día del vencimiento (art. 303 al final).

b) Si todas estas condiciones se dan, el Juez ordenará la concesión de la posesión o administración solicitada. ¿En que forma? Creemos, con Aragonés, que en la de auto, porque se trata de algo más que una resolución de tramitación, aunque tampoco—a los efectos del párrafo 3.º del art. 369 de la Ley de Enjuiciamiento civil—constituya un verdadero incidente. Sobre las reglas para llevar a cabo la administración concedida, guarda también la Ley silencio; en lo posible, se aplicarán, a nuestro juicio, las normas sobre aseguramiento de bienes litigiosos de la Ley de Enjuiciamiento civil: sección segunda del título XIV del libro II, arts. 1.419 a 1.428.

c) Los efectos de la posesión interina no son sólo los de *asegurar* el derecho del acreedor contra una posible mala administración del ejecutado, sino incluso los de ir destinando los productos a la satisfacción del crédito. “El acreedor percibirá”, en efecto, “en dicho caso las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiese estipulado, y los frutos y rentas posteriores, cubriendo con ellos los gastos de conservación y explotación que la misma finca exija, y después sus propios créditos”. En este sentido, la medida responde a una idea bien orientada que se ha abierto hoy camino en las legislaciones modernas (1) ¿Sería conveniente fijar un límite temporal a dicha administración, como el de tres años que marca el novísimo Derecho italiano? La solución afirmativa, que parece más conveniente, ha sido propuesta entre nosotros por Navarro, Tena y Lueso (2), que fijaban el tiempo de duración en dos años.

2. El procedimiento entra ahora en su fase principal, la que constituye el verdadero núcleo del mismo: realización de los bienes del deudor, hipotecados, para que el crédito del ejecutante quede satisfecho con su importe o con los mismos bienes. La esencia de esta realización está, como se sabe, en la *práctica de una subasta*, que puede ser definida como *el acto de ofrecimiento público de los bienes y adjudicación, en su caso, al mejor postor*. Alrededor de este acto esencial se plantea una serie de problemas de extraordinaria importancia, quizás los más importantes de cuantos llevamos examinados.

Dentro de la subasta propiamente dicha podemos distinguir, si-

(1) Como el nuevo Código procesal italiano

(2) Véase su artículo “Reglamento hipotecario. Un intento de su reforma”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre de 1931.

guiendo la sistemática empleada otras numerosas veces, sus condiciones, su celebración y sus efectos; el análisis de las primeras se enlaza con el de los trámites ya estudiados; el estudio de los últimos viene a ligarse, por otra parte, con los actos que extinguen el procedimiento y que indicaremos al final de nuestra exposición.

A) Son condiciones de la subasta la instancia de parte, el tiempo y lugar determinados en que ha de verificarse y su publicidad.

a) Según la regla 7.<sup>a</sup> del art. 131, "se procederá a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor, a la subasta de la finca". Se exige, por tanto, una verdadera instancia de parte, no sólo en el sentido de que queda excluida la iniciativa judicial, sino también en el de que los sujetos que intervienen en el procedimiento y no son partes ("interesados"), no pueden solicitar la celebración de la subasta. Las principales consecuencias de esta regla, en cuanto al problema del impulso procesal en la ejecución hipotecaria y en cuanto a la posición de las diversas personas que actúan, ha sido puesta de relieve más arriba. Diremos aquí únicamente que la inclusión del deudor entre quienes pueden instar la realización de este trámite ha sido, en general, favorablemente acogida por la doctrina (1).

b) En cuanto al tiempo y lugar en que tiene que desarrollarse el acto, ha de observarse:

1.º Que han de pasar *treinta días* desde que se requirió de pago al deudor (en sentido amplio) y se notificó al tercer poseedor e interesados, en su caso (la misma regla 7.<sup>a</sup>). El plazo de treinta días para el pago se contenía en el art. 170 de la Ley de Ultramar, precedente, como se sabe, de la reforma de 1909. En cuanto al cómputo de dicho plazo y la determinación del *dies a quo* y *dies ad quem*, se estará a la norma general que anteriormente expusimos.

2.º Que la subasta debe celebrarse "ante el Juzgado que conozca del procedimiento" (regla 7.<sup>a</sup>), y ya vimos anteriormente cómo se determinaba su competencia. Esta disposición es censurable desde el momento en que, pudiendo las partes haberse sometido a Juzgado distinto de aquel en que radican las fincas, es posible que se celebre la subasta en un punto alejado del de la situación de los inmuebles, con el consiguiente riesgo de depreciación de los bienes. No cabe decir que el interés de las partes velará por la eliminación de esta contingencia,

(1) Beraud y Lezon: loc. cit.

porque, en primer lugar, puede deberse el pacto de sumisión a presiones del acreedor, a quien acaso convenga la adjudicación de la finca por un precio rebajado, y porque, en segundo término, existen otros interesados en que en la subasta se alcance el valor máximo de la finca que no tienen en la Ley Hipotecaria un medio expreso para acercar el acto de subasta al lugar de emplazamiento de los bienes. El remedio inmediato estará en la aplicación subsidiaria del art. 1.502 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que autoriza, cuando los bienes inmuebles estén situados fuera del partido judicial en que se siga el juicio, a celebrar simultáneamente la subasta en ambos Juzgados, a instancia de las partes (y aquí debíamos entender también "interesados"), y, lo que es aún preferible, cuando el Juez lo estime conveniente, por requerirlo la importancia o circunstancias especiales de los bienes

c) La subasta es un *acto público*, y siendo esta publicidad una de las garantías fundamentales de quienes intervienen en la ejecución y de los terceros, la Ley se ocupa expresamente de regularla con cierto detalle. El trámite principal por el que se cumple dicha publicidad consiste en la *edición de anuncios*. Con respecto a ella, debemos contestar a tres preguntas: ¿Cuándo deben ser publicados? ¿En qué consiste la publicación? ¿Cuál es el contenido de los edictos?

1.º La subasta (el remate) ha de anunciarse con *veinte días* de antelación al señalado para dicho acto. Este plazo no necesita *para comenzar* a transcurrir el que se haya extinguido el de treinta días que se exige para la subasta, después del requerimiento de pago, aunque, como es natural, la subasta no podrá celebrarse antes de este último término. Así, pues, el acto del remate tiene que estar a una distancia —en el tiempo— de treinta días del requerimiento de pago, y de veinte días de los anuncios, pero no forzosamente a cincuenta días del requerimiento (1). Creemos más defendible esta solución que la contraria, por el texto de la regla 7.ª, que dice: "Transcurridos treinta días se procederá... a la subasta", y no a la *petición* de subasta por quienes pueden hacerlo.

2.º La publicidad consiste en la inserción de anuncios en la Prensa

(1) Ejemplo: en una ejecución hipotecaria se requiere de pago al deudor el día 1.º de marzo: el plazo de treinta días hábiles termina—supongamos—el 5 de abril. Este mismo día 5 de abril podrá celebrarse la subasta si los anuncios fueron fijados con veinte días de antelación, cuando todavía los treinta días del requerimiento no habían transcurrido.

oficial (1), es decir: *a'*) en el *Boletín Oficial* de la provincia o provincias donde radiquen las fincas; *b'*), en el *Diario Oficial de Avisos*, donde le hubiere; *c'*), en la *Gaceta de Madrid*, cuando el valor de la finca o las fincas excedan de 50 000 pesetas (2). Con respecto a la última publicación, que debe entenderse hoy referida al *Boletín Oficial*, el criterio rígido de la regla 7.<sup>a</sup> del art. 131 es, sin duda, menos aconsejable que la remisión al arbitrio judicial que se contiene, para análoga hipótesis, en el art. 1.495, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento (3).

3.º Los anuncios deben contener todos aquellos datos que sirvan para identificar la ejecución de que se trate: nombres de acreedor y dueño de los bienes sobre que recae, valor pactado (4), fecha y lugar en que se celebrará la subasta, etc. El art. 131 de la Ley Hipotecaria no menciona estas circunstancias, sin duda por creerlas innecesarias, pero en su regla 8.<sup>a</sup> alude a otros requisitos de la publicidad, exigidos bajo pena de nulidad, que son (5):

*a'*) La expresión de que los autos y la certificación del Registro a que se refiere la regla 4.<sup>a</sup> estarán de manifiesto en la Escribanía (hoy Secretaría) del Juzgado; disposición que coincide con lo preceptuado en el art. 1.496 de la Ley procesal común (6).

*b'*) La expresión de que se entiende que todo licitador acepta como bastante la titulación. El art. 1.496 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya citado, indica asimismo que los licitadores deberán conformarse con ellos y no tendrán derecho a exigir ningunos otros. Pero hay diferencia entre ambos preceptos, porque en la ejecución común, al acreedor se le ha permitido proponer la subsanación de las faltas que encuentre en los títulos de propiedad (art. 1.492). La posibilidad de que en algún caso sea insuficiente la titulación del Registro y la omisión de la facultad que se concede en la vía de apremio ordinaria, es lo

(1) También, aunque el texto hipotecario no diga nada, en los sitios públicos de costumbre, como indica el art. 1.488 de la Ley de Enjuiciamiento.

(2) ¿Se refiere este precepto al valor *real* de los bienes o al *convenido* en la escritura? Indudablemente al segundo, puesto que el primero se desconoce por el Juez.

(3) "... se publicarán también los edictos en la *Gaceta de Madrid* cuando el Juez lo estime conveniente por la importancia de los bienes..."

(4) Sin declarar el importe de los derechos preferentes que luego subsistirán, lo que constituye un defecto del procedimiento y hace surgir en la práctica graves dificultades. Véase Jerónimo González, en el art. cit.

(5) Véase sentencia de 6 de abril de 1933; sin que valga sustituirlos por una frase ambigua como la de "las demás prescripciones de la ley".

(6) "Se expresará también en los edictos que los títulos de propiedad estarán de manifiesto en la Escribanía para que puedan examinarlos los que quieran tomar parte en la subasta."

que ha motivado las críticas dirigidas por algún autor contra este pasaje del texto hipotecario (1).

c') Por último, los edictos deberán contener la indicación de que "las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes—si los hubiere—al crédito del actor continuarán subsistiendo, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinar a su extinción el precio del remate". La regla 8.<sup>a</sup> del art. 131 anuncia aquí una de las características fundamentales del nuevo procedimiento, que constituye la innovación acaso más trascendental con respecto al régimen anterior.

Para darse perfecta cuenta de la reforma implantada es preciso tener presente cuál era el sistema hasta entonces en vigor, representado fundamentalmente por el art. 1.516 de la Ley de Enjuiciamiento. Según este precepto, "si la ejecución se hubiese despachado a instancia de un segundo o tercer acreedor hipotecario, el importe de los créditos hipotecarios preferentes de que responda la finca vendida se consignará en el establecimiento designado al efecto, y el resto se entregará sin dilación al ejecutante, si notoriamente fuera inferior a su crédito o le cubriera".

No es difícil comprender los inconvenientes que semejante sistema trae consigo, sobre todo para un eficaz desarrollo del crédito territorial. En primer término, el titular de una segunda hipoteca o posterior corre el riesgo, en el momento de la ejecución, de que sea eliminada su garantía por un posible resultado desfavorable de la subasta; en segundo lugar, el acreedor preferente ve desaparecer la inversión de su capital por una operación liquidatoria que llega incluso, como dice con razón Lozano (2), a variar la naturaleza del derecho de que es titular. Ello explica que no sólo en España, sino en otros países también, el principio de la liquidación o extinción de cargas (*Loschungsprinzip*, en la técnica alemana) haya cedido el puesto a su contrario: el principio de la subrogación (*Übernahmeprinzip*), por virtud del cual dichas cargas preferentes se tramiten al nuevo adquirente del inmueble (3), (4).

(1) Véase Morell: ob y tomo cit., pág. 124.

(2) En el artículo de la *Revista de Derecho Privado* cit.

(3) En Alemania el cambio tuvo lugar principalmente en virtud de la ley de 13 de julio de 1883, en la que se inspiró la posterior de 24 de marzo de 1897.

(4) No es cierto que los resultados de este criterio "sean en definitiva iguales a los que se obtengan con el régimen que podemos llamar antiguo", como se opina en una nota publicada en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (tomo CXLIII, 1923, pág. 415 y sigs.), con el título "Dificultades de la aplicación estricta de la regla 8.<sup>a</sup> del art. 131 de la ley Hipotecaria."

La reforma hipotecaria de 1909 produjo también entre nosotros la misma innovación, lo que, según Martínez Mora (1), estaba de tal modo en su espíritu, que hubiera bastado con la derogación del artículo 1.516 de la Ley de Enjuiciamiento para que se entendiera vigente el régimen de subsistencia de cargas. En efecto, la regla 8.<sup>a</sup> del artículo 131 indica, como dato de los anuncios, que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio de remate: esta condición debe ser aceptada por el rematante, a tenor de lo dispuesto en la regla 13 del mismo art. 131.

La *comprensión* del régimen nuevo no es difícil en principio (pese a los obstáculos que sus aplicaciones, por una reglamentación deficiente, han suscitado), ni en cuanto al punto de que los derechos preferentes (2) continúen subsistiendo por la aceptación del adquirente, ni en cuanto al efecto de subrogación que se opera en la responsabilidad. Respecto a lo primero, no obstante, puesto que el cambio se verifica *ex lege*, más que de "aceptación" debiera hablarse de "transmisión" de las cargas (no *Übernahmeprinzip*, sino *Übergangprinzip*, según Rosenberg, ob. cit., pág. 637); respecto a lo segundo, hay que observar que el hecho de la subrogación en la responsabilidad no quiere decir que el deudor originario continúe sujeto a una obligación: por el contrario, este deudor se libera del pago y no responde de él a sus antiguos acreedores (3).

Tampoco es dudoso que *el juicio* sobre la innovación, en su idea fundamental, merece ser favorable como el que en conjunto, y salvo contadas excepciones, ha obtenido de la doctrina hipotecaria.

En cambio, ofrece más dificultad la determinación del *alcance* de estas disposiciones en relación con el proceso de su ejecución ordinario, no porque adolezcan de falta de claridad las normas que se examinan, sino porque una extraña interpretación de la práctica y, lo que es peor,

(1) "El sistema de liquidación de cargas y la ley Hipotecaria", en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, abril de 1929. Los argumentos principales de este autor en favor de la reforma son: 1.º, el conocimiento que ya tenía el acreedor ejecutante de la hipoteca anterior; 2.º, el que la segunda hipoteca no está cubierta con la finca, sino con el excedente de valor de la primera; 3.º, el que los titulares anteriores —preferentes— no son parte en el procedimiento; 4.º, el que no debe diferir en este punto la enajenación judicial de la que se verifica extrajudicialmente.

(2) No en realidad los anteriores. Véase sobre esto supra.

(3) En el mismo sentido, J. González, art. cit. últimamente.



de la jurisprudencia ha desvirtuado su sentido, por otra parte inequívoco. En el pensamiento de la reforma de 1909, la sustitución del principio de la extinción de cargas por el de la subrogación no quiso dejarse limitada a la ejecución hipotecaria, sino que se pretendió que tuviese una aplicación general a todos los casos de ejecución sobre bienes inmuebles. Con este objeto, en el art. 131 se incluyó un último párrafo donde se prescribe que "lo dispuesto en las reglas precedentes en cuanto a la sustitución de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, será aplicable no sólo a los casos en que este crédito sea hipotecario, sino también a aquellos otros en que se ejercite cualquiera acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles".

No parece discutible que la significación de esta norma es la de derogar aquellas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento que, con respecto a la ejecución común, ordenaban el régimen de liquidación de cargas a que antes se ha hecho referencia, singularmente el art. 1.516 y la que con él alude directamente al problema, como el 1.518. Sin embargo, en contra de lo que parece una conclusión evidente nos encontramos:

*a'')* Con que algún autor (1) se plantea todavía la duda de la derogación o no por la Ley Hipotecaria del régimen de la Ley de Enjuiciamiento.

*b''* Con la práctica de algunos Juzgados que siguen aplicando el sistema de ésta, desconociendo en absoluto la innovación introducida en 1909. Son casos, como dice Morell, "inverosímiles, pero reales".

*c'')* Con que incluso alguna resolución de la Dirección General de los Registros (2) exige, para poder cancelar la hipoteca del ejecutante, la consignación del importe de los créditos preferentes, en estricta aplicación del art. 1.518, que se mantiene, por tanto, aún subsistente.

Frente a esta interpretación—que no deja, desde luego, de tener oportunas contradicciones—ha de afirmarse una vez más la insostenibilidad de los fundamentos en que se basa. Es cierto que la derogación del régimen común debía haberse hecho en un artículo o, por lo menos, en una regla independiente, y no en el último párrafo de una que en el resto de su contenido se refiere a problemas distintos; cierto también que la expresión legal carece en este punto de toda la fuerza que

(1) P. e Lozano, en el artículo cit.

(2) 29 de febrero de 1912.

sería deseable por emplear la frase "serán aplicables" y por no indicar taxativamente los artículos derogados, como hace el 155 con el 1.517; pero no es menos cierto que la significación literal, lógica y hasta conveniente de este pasaje de la ley, obliga a ampliar su ámbito de aplicación—de modo imperativo—a cualquier supuesto de ejecución sobre bienes inmuebles (1).

JAIME GUASP

Catedrático de la Universidad de Barcelona

(1) El principio de la subrogación es seguido fielmente por la ley Hipotecaria en dos supuestos especiales: el de la ejecución para pago de *parte del capital del crédito o los intereses*, en cuyo caso, si aún quedan por vencer otros plazos de la obligación, se verifica la venta y se transfiere la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte de crédito que no estuviese satisfecha (art. 135, párrafo 2.º), y el de *hipoteca constituida en garantía de títulos*; si existen otros títulos con igual derecho que los que sean base de la ejecución se entiende que el rematante acepta las hipotecas correspondientes al valor total de dichos títulos.

# La propiedad inmueble en Marruecos como base posible de crédito territorial

## LA PROPIEDAD INSCRITA EN NUESTRA ZONA DEL PROTECTORADO

La seguridad y la garantía de la propiedad territorial por medio de la organización del Registro de la propiedad en la Zona francesa de Marruecos y en la antigua Zona de Tánger, llevaron la institución registral a un rápido desarrollo, figurando inscritas operaciones de gran volumen y estando el Crédito territorial en pleno desenvolvimiento.

En Zona francesa empieza el Registro de la Propiedad en 1918 con 550 peticiones de inscripción, que en rápido incremento llegaron a 6.000 en 1928, descendiendo después hasta 2.000 en 1936; para remontar de nuevo en 1937, en cuyo año llegaron a 3.100.

En el pequeño territorio de Tánger empieza el Registro con sólo 35 inscripciones, que se incrementan hasta 130 en 1928, llegando a 220 en 1931 y siendo 140 en 1939.

Como dejamos indicado, en estas Zonas la propiedad afluye al Registro y sobre ella el Crédito opera de manera satisfactoria como auxiliar de los negocios en explotación, de Sociedades de crédito o de nuevas construcciones.

No nos ha sido posible obtener estadística exacta de las operaciones de los Registros de la Propiedad en la Zona española. Sabemos que en Tetuán el total de fincas inscritas asciende a unas 400, de las que el 70 por 100 son urbanas y pertenecen a una Sociedad hoy en liquidación. Del 30 restante, más de las dos terceras partes pertenecen al Mahgzen.

Y sobre las escasas fincas inscritas por particulares, sólo por excepción se han constituido hipotecas.

Pensamos que en el resto de nuestro territorio la estadística de los actos inscritos llegaría a un resultado parecido.

Y nuestro territorio es, sin embargo, capaz para que el Registro de la Propiedad y el Crédito inmobiliario tengan un mayor desenvolvimiento. Aun no siendo muy extensa ni muy abundante en riquezas la Zona que los Tratados dejaron a España, la pobreza del Crédito territorial y de la Institución registral es comparativamente mucho mayor que la correspondiente a las indicadas circunstancias.

Son causas legales—sustantivas unas y administrativas otras—las que de manera preponderante han conducido a una limitadísima penuria en el desenvolvimiento de la Institución registral en la Zona marroquí de nuestro Protectorado.

\* \* \*

Todos los autores que conocemos, al referirse a esta materia, sin excepción alguna, afirman que el régimen del Registro de la Propiedad en la Zona española es semejante al de las otras dos Zonas, encajándolo en los sistemas de inmatriculación o de publicidad real y derivándolo del Acta Torrens

Veremos que esto no es exacto, y parece que sólo el espejismo que produce ver adherido al título un plano y la casi identidad del procedimiento de primera inscripción han podido confundir a estos tratadistas.

El Registro de la Propiedad en nuestro Marruecos sigue más bien los principios del sistema llamado del registro de actos o de publicidad personal.

El artículo 1.º establece como finalidad “inscribir o anotar en libros oficiales el dominio de los bienes inmuebles y los demás derechos reales impuestos sobre los mismos”, y el artículo 2.º dice: “Son *inscribibles* en el Registro de inmuebles: Las escrituras públicas y cualesquiera otros contratos, títulos, documentos, actos y resoluciones de carácter judicial o administrativo mediante los cuales se adquiere, concede, declare o transmita el dominio de los inmuebles

Los contratos de arrendamientos

Las ejecutorias y testimonios de las resoluciones

Las concesiones de minas, aguas, ferrocarriles y demás obras públicas, siempre que consten en el documento que exijan los reglamentos

y las disposiciones vigentes en la Zona y siempre con la extensión y el alcance que los mismos consientan.

En general, todos los actos, contratos y documentos que sean legítimos y fehacientes mediante los cuales se acredite la adquisición o el disfrute de algún inmueble o derecho real, la modificación inmediata, o para lo futuro, de alguna de las facultades de dominio sobre inmuebles o derechos reales."

Con otra redacción de contenido más moderno, aunque mucho menos preciso, recuerda bastante la semejanza de los textos los artículos 1.º y 2.º de nuestra Ley Hipotecaria.

Dentro del sistema de la Ley Hipotecaria española, la calificación del Registrador se extiende a "la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones de las escrituras públicas, a los efectos de calificar las faltas que produzcan la denegación de la inscripción en subsanables o insubsanables."

En el sistema de la Zona española de Marruecos tiene el Registrador que pronunciarse sobre la validez y realidad intrínseca del derecho en sí mismo; no sólo en el caso de primeras inscripciones, sino también en el caso de segundas o sucesivas, determinando el artículo 56 del Dahir que el Registrador denegará la inscripción cuando notase algún defecto, "tanto respecto a su forma como a la eficacia de las obligaciones o derechos" contenidos en los documentos a virtud de los cuales la inscripción se verifique. En la inscripción se tiene que consignar necesariamente la naturaleza del título que debe inscribirse y su fecha.

\* \* \*

En lo que se refiere al procedimiento para la primera inscripción, las diferencias con lo determinado en la Ley Hipotecaria española son muy grandes. Al determinar las formalidades de la petición, publicidad de las operaciones, forma del deslinde y acta del mismo, se establecen formalidades casi idénticas a las preceptuadas en los regímenes tangerino y de Zona francesa. De hecho, por no estar bastante adelantados en nuestra Zona los trabajos de triangulación topográfica, tienen que tomarse como punto de referencia de los planos en muchos casos, accidentes diversos con grave riesgo de futura superposición en la representación gráfica de las fincas.

La primera inscripción de un inmueble en el Registro exige la descripción detallada de la finca, los nombres de los beneficiarios, los títulos de adquisición, naturaleza, extensión y condiciones de cargas o gravámenes y expresión de haberse cumplido las prescripciones legales o de la sentencia de los Tribunales que la ordenasen.

El Registrador expedirá un certificado literal de esta primera inscripción, al cual unirá un ejemplar autorizado del plano levantado en el deslinde del inmueble. Certificación literal de la primera inscripción, con el plano, debe entregarse al interesado, archivándose otro ejemplar de este plano en el Registro.

El procedimiento para lograr esta inscripción es el siguiente: solicitud formulada en idioma español, nombres, calidades, nacionalidad y estado civil de la persona que la pretenda, de su cónyuge y del régimen legal bajo el que se halle constituido el matrimonio; descripción clara y completa del inmueble, expresión de los derechos reales y gravámenes a que se halle afecto. El peticionario constituirá fianza para garantizar los gastos de la inscripción; el Registrador señalará día y hora para practicar el reconocimiento y el deslinde provisional del inmueble, al que deberán ser citados el solicitante de la inscripción, el propietario del inmueble cuando no lo fuere el peticionario, los propietarios colindantes, los poseedores de los derechos reales a que se halle aquél afecto y cualesquiera personas que pudieran tener interés en la diligencia.

Sin perjuicio de estas notificaciones personales, han de publicarse edictos en el *Boletín Oficial* de la Zona y remitirse ejemplares de los mismos por el Registrador al Juez de Paz, al Caíd y al Cadí del territorio jurisdiccional a que el Registro pertenece, los cuales serán devueltos al Registrador con certificación de haber estado expuestos al público y haber sido pregonados en los mercados del territorio.

En el día señalado para el deslinde se practicará esta diligencia bajo la dirección del Registrador o su delegado y con asistencia de Perito oficial, que comprobará sobre el terreno los actos y circunstancias del inmueble expuestos en la instancia, fijando los linderos ciertos y positivos del mismo y levantando un plano que tendrá carácter provisional. El acta de deslinde será suscrita por el Registrador y los concurrentes.

Dentro de los ocho días de efectuada la diligencia ha de publicarse en el *Boletín Oficial* un anuncio para que puedan promoverse reclamaciones en plazo de tres meses. Transcurrido este plazo sin que se

hayan formulado reclamaciones, el Registrador procederá a practicar la primera inscripción del inmueble en el Registro.

Si se presentan reclamaciones, se ponen de manifiesto al interesado, que tiene derecho a impugnarlas, remitiéndose unas y otras al Juzgado de primera instancia para que las resuelva, pudiendo acordar una inspección del inmueble y dictando sentencia favorable o contraria a la inscripción que es apelable ante la Audiencia Territorial.

\* \* \*

Este procedimiento tan complicado parecía natural que lo mismo que en las otras Zonas marruecas produjese la liberación absoluta de todo derecho anteriormente existente sobre el inmueble, pues en ello está la justificación del lento, costoso y detallado trámite preparatorio de la primera inscripción en estos sistemas registrales.

Pero en la Zona española (artículo 63) "la inscripción no consolida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las disposiciones legales vigentes en la Zona".

"No obstante este precepto, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ejecutarlos u otorgarlos, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro."

"Un título inscrito no puede invalidarse en perjuicio de tercero, sino por otro título posterior también inscrito."

Y añade el artículo 65: "Se considera como tercero a los efectos de lo preceptuado en este Dahir a aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito."

\* \* \*

Hemos querido copiar íntegramente los anteriores artículos para que resalte cómo se reproducen los artículos 33 y párrafo primero del 34 de nuestra Ley Hipotecaria, cometiéndose una verdadera infidelidad al sistema de garantía absoluta de la primera inscripción que parecía lógico del examen de las minuciosas precauciones que se establecen para llegar a la misma, que además se hace depender de un pronunciamiento del Registrador derivado del examen intrínseco de los actos, documentos y detalle descritos en la solicitud de primera inscripción, a la

que además precede un sistema de publicidad y un procedimiento de oposición, que en los sistemas registrales de Tánger y Zona francesa se consideran suficientes para llegar a un asiento con fuerza probatoria absoluta del derecho de dominio y de los derechos reales inscritos, así como de la no existencia de las cargas que en la inscripción no figuren.

No se sacan en el Registro de la Zona española con lógica valentía las consecuencias del procedimiento establecido para la primera inscripción que compensaran lo enojoso de su trámite, y en lugar de establecer un Registro del verdadero estado jurídico de la propiedad inmueble, se instituye un simple Registro administrativo que salvaguarde los derechos del tercero.

En lugar de crear como en las otras Zonas un título inatacable, se establece esta condición solamente cuando el inmueble pasa a un segundo propietario que tenga la calidad de tercero y se produce una segunda inscripción de dominio.

Desde entonces parece que el título registral que la inscripción garantiza es inatacable y absoluto (1).

Otro efecto de la inscripción es colocar la finca bajo la jurisdicción exclusiva de los Tribunales españoles.

\* \* \*

Es también consecuencia importante de la inscripción el cambio de la legislación aplicable a los inmuebles.

En artículos anteriores hemos explicado que en las otras Zonas de Marruecos la legislación registral regula desde el momento mismo de su inscripción la vida de la relación jurídica de las fincas inscritas, incorporándola al ámbito de derecho de la nación protectora y sustrayéndola de la costumbre musulmana de la escuela Malequita.

En estas legislaciones se define el concepto de los inmuebles, los modos de adquirir la propiedad y los derechos reales, los derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, superficie, anticresis, las servidumbres, las hipotecas legales y convencionales, las acciones sobre in-

(1) Así lo declara la sentencia de 30 de junio de 1934 en que, a instancia del Ministerio Público, se anuló la inscripción de la finca "Ain Buhsina", que figuraba desde quince años antes en el Registro de la Propiedad de Larache como perteneciendo a la Sociedad González Marín. El 7.º considerando dice que "para que no pudiera invalidarse la adquisición de una finca en cuanto a tercero, hubiera sido necesaria una segunda inscripción...".



muebles, los embargos y ventas por expropiación forzosa de lo registrado

La necesidad de esta legislación se hizo imprescindible, porque, según hemos expuesto anteriormente, toda esta materia se regía por el Derecho musulmán, aplicado por sus Cadíes cualquiera que fuese la nacionalidad de los contratantes o litigantes.

En la Zona española la inscripción produce idénticos efectos. Pero a tenor del artículo 91 del Dahir, "los preceptos del Derecho musulmán que no se opongan a lo establecido en este Dahir, ni al Estatuto personal de los poseedores o dueños de derechos reales, incluso en lo referente a sucesiones legítimas o testamentarias, se aplicarán a los inmuebles inscritos en el Registro y a los derechos a que los mismos hagan referencia en tanto en cuanto sean conciliables con la naturaleza de los derechos y gravámenes, inscritos y especificados en el certificado de primera inscripción".

La lectura de este artículo es desconcertante. Y más aún si lo relacionamos con lo dispuesto en el artículo 42: "La transmisión del dominio y la constitución, reconocimiento, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre el inmueble (inscrito) se efectuará por cualquiera de los medios previstos en el Código de obligaciones y contratos."

La finalidad del Registro de incorporar al Derecho moderno la fincabilidad inmatriculada queda confusa y dificultada, porque el artículo 91 deja que el Derecho musulmán continúe actuando y prosiga una duplicidad legislativa que la jurisprudencia tendrá que ir eliminando en una labor penosa y difícil para los Tribunales españoles, que han de pronunciarse, en las cuestiones de Derecho musulmán, sin el asesoramiento de adjuntos musulmanes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 del Dahir.

Ateniéndonos estrictamente a la letra de la ley, será difícilísimo determinar qué servidumbres legales subsisten y cuáles desaparecen, y la misma embarazosa situación se presentará en el caso de constituir un derecho real de fuente musulmana que no se oponga al Dahir del Registro, por los medios previstos en el Código de obligaciones y contratos de contenido completamente europeo. Llama también la atención la referencia al certificado de la primera inscripción (título para el interesado) en lugar de citar la inscripción en sí misma.

A este confucionismo se añade un fallo lamentable de la legislación, creador de una situación extremadamente curiosa, cuyo examen detallado hace surgir la inmensa cantidad de problemas legales y doctrinales, que tal vez ha contribuido al raquitismo congénito del Registro de la Propiedad en nuestra Zona.

En el ánimo del legislador debía estar el dictar un reglamento que solucionase no sólo la cuestión de la aplicación del Dahir estableciendo el Registro de inmuebles, sino determinando la ley aplicable a las fincas inscritas, ya que el Código de obligaciones y contratos no se ocupa naturalmente de los derechos referentes a la propiedad ni a los contratos reales.

Este propósito se revela en la disposición segunda—transitoria—del Dahir, que dice: “Hasta tanto que se publiquen el Reglamento y Aranceles necesarios para la ejecución del presente Dahir, regirán como supletorios el Reglamento y los Aranceles dictados por el Gobierno de España para los territorios españoles del Golfo de Guinea, promulgados por Reales órdenes de 16 de enero de 1905.”

Esta situación legal no ha cambiado hasta el momento actual. Además, el citado Reglamento supletorio se adapta y está dictado para un decreto “Sobre el Régimen de la Propiedad”, en aquellos territorios, que dedica su capítulo VIII al Registro de la Propiedad y el IX a las Hipotecas, regulando solamente las modalidades especiales de la propiedad en las Posiciones españolas del Africa Occidental, pero sin definir el concepto de propiedad, ni el de los contratos de hipoteca, enfiteusis, anticresis, etc., ni las servidumbres. .”

De modo que en la Zona española en Marruecos esta materia es legalmente desconocida, porque no se refiere a ella el Dahir estableciendo el Registro de la Propiedad, ni el Reglamento de los Territorios de Guinea, ni ninguno de los Códigos vigentes en la Zona. Como esta situación legal sería absurda, se interpreta que el citado Reglamento es necesario referirlo al Decreto para que se dictó. Y esta disposición legal dice en su artículo primero, “regirán en los territorios españoles del Golfo de Guinea las disposiciones del Código civil vigente en la península para la distinción de bienes muebles e inmuebles”, y en su artículo 78, “en todo lo que no se oponga al presente decreto se aplicarán en lo que fueren adaptables las disposiciones de la legislación vigente en la Península, no modificadas por otras especiales ., en los territorios del Golfo de Guinea.”

Según el criterio de estas disposiciones, el Código civil español se aplica en estas materias relativas a la propiedad y a los derechos reales. Y en virtud de su artículo 1.880, también rigen las prescripciones de la Ley Hipotecaria en lo que se refiere a la forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación, extinción y demás que no haya sido comprendido en el capítulo III del título XV de aquél.

He aquí cómo y por qué vía oculta, descarriada y vergonzante tiene vigencia nuestro Código civil y nuestra Ley Hipotecaria en la Zona española del Protectorado marroquí.

\* \* \*

La responsabilidad del Registrador se establece en nuestra Zona en la misma forma determinada en la Ley Hipotecaria peninsular. Es decir, en forma muy diferente de la garantía estatal, con cargo a un fondo especial del Registro, determinada en la legislación de las otras Zonas marruecas, como consecuencia rigurosa del sistema adoptado, del que es una simple consecuencia la responsabilidad del Registrador.

\* \* \*

El manejo de la propiedad inscrita como instrumento de crédito es fácil en la Zona española de Tánger y en la Zona francesa, tanto por la garantía absoluta del título como por la claridad de la legislación sustantiva aplicada. En nuestra Zona marrueca ya hemos expresado que su legislación hipotecaria sólo resguarda los derechos de tercero.

\* \* \*

La naturaleza de este trabajo impide el detalle de las cuestiones suscitadas y abordar los problemas referentes a los conflictos de la legislación durante el largo período de la tramitación de la primera inscripción; los que plantea el brusco cambio de la legislación de los inmuebles inscritos, especialmente en lo que se refiere a las servidumbres legales; los problemas que surgen del ejercicio de las acciones, de la forma y efecto de las anotaciones, de los casos de inscripción forzosa y de las modalidades previas de la inscripción de los bienes pertenecientes al Mahgzen entre otros.

Sin que pueda servirnos de orientación la jurisprudencia, porque la falta de vigor del Registro de la Propiedad en Zona española y la ausencia casi absoluta de operaciones crediticias, hace que los Tribunales no hayan tenido apenas ocasión de pronunciarse sobre cuestiones de este orden.

El remedio de esta situación legislativa que someramente dejamos expuesta es una exigencia inaplazable, que está plenamente dentro de las posibilidades del Estado español.

\* \* \*

Situación inorgánica análoga se solventó hace pocos años en la Zona española de Tánger mediante una obra de ordenación jurídica de la propiedad inmobiliaria no inscrita, de un enorme interés y de gran trascendencia, llevada a cabo sin lesión de derechos y con respeto absoluto para los intereses musulmanes y europeos.

Todo el territorio de Tánger se considera de propiedad del Mahgzen, y, por tanto, los detentores de las diferentes fincas eran meros usufructuarios, a no ser que probasen su derecho de propiedad.

La aplicación del principio de vivificación permitió que, examinada una a una cada parcela, se hiciese por parte del Mahgzen renuncia de sus derechos de propiedad, a condición de que el poseedor se proveyese de una nueva "mulkia", que estaba redactada en forma pertinente según derecho Koránico, expresando la superficie y los límites de una manera exacta y llevando adherido un plano de la parcela.

En los casos en que había desacuerdo entre particulares sobre quién era el verdadero propietario, la renuncia del Mahgzen se hacía a favor del que venciese en el pleito, que se entablaba de oficio ante el Cadí.

En el caso de dificultades entre el particular poseedor y el Mahgzen, un previo compromiso de arbitraje sometía a ambos a la decisión de una Comisión (1).

En todos los casos resultaba hecha la revisión del derecho de propiedad y provisto el propietario de una documentación acreditativa de aquél.

(1) Siendo el autor de este artículo Fiscal del Tribunal Mixto Internacional formó parte en representación de España de esta Comisión y dedicó su actividad al buen éxito de esta obra, formulando su Reglamento técnico y publicando un libro donde se exponía detalladamente cómo se llevó a efecto.—"Tierras Guich" Editorial Africa. Ceuta, 1933

Obra formidable que, por un sistema de armonía ante las autoridades musulmanas, los servicios del Registro de la Propiedad y los altos funcionarios de la Administración de Justicia, regulaba con precisión el derecho de propiedad de cada una de las fincas rústicas de la Zona de Tánger, dotando a ésta de un plano catastral perfecto, con un gasto inicial insignificante.

Con los perfeccionamientos que la experiencia y el mejor criterio de las autoridades españolas aconsejen, el ordenamiento jurídico de la propiedad hecho en la Zona hoy española de Tánger, tal vez pudiera servir de contribución al que necesariamente ha de llevarse a cabo en la Zona española de Marruecos.

R. V. FRANQUEIRA.

# Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

LEGISLACIÓN FORAL ARAGONESA: APARECIENDO DE LAS DILIGENCIAS TRAMITADAS Y DE LA INFORMACIÓN TESTIFICAL QUE LAS ACTUACIONES SE REFIEREN EXCLUSIVAMENTE A BIENES MUEBLES GRANJEADOS DURANTE EL MATRIMONIO, AUNQUE LA PARTE DISPOSITIVA DEL AUTO NO HAGA DISTINCIÓN ALGUNA, LIMITÁNDOSE A DECLARAR HEREDERA ABINTESTATO DEL CAUSANTE A SU VIUDA, CONFORME AL ARTÍCULO 952 DEL CÓDIGO CIVIL, NO DEBERÁN ENTENDERSE COMPRENDIDOS EN TAL DECLARACIÓN AQUELLA CLASE DE BIENES QUE, SEGÚN SU ORIGEN Y CON ARREGLO A LO ESTABLECIDO EN EL APÉNDICE FORAL, DEBEN SEGUIR DIFERENTE TRAYECTORIA HEREDITARIA.

*Resolución de 18 de abril de 1942. (B. O. de 6 de mayo.)*

Don Angel Sangrós Casanova falleció en Zaragoza bajo testamento otorgado el 9 de agosto de 1906 ante el Notario que fué de dicha ciudad D. Gregorio Rufas y Calvo, en el que instituyó por su único y universal heredero a su nieto D. Angel Sangrós Gorriz, con libre disposición y derecho de representación en favor de sus descendientes legítimos. Dicho D. Angel Sangrós Gorriz falleció a su vez en la misma ciudad el 12 de diciembre de 1928, siendo declarada heredera abintestato del mismo, por auto suscrito por D. José María Sánchez Ventura, Juez municipal en funciones de Primera instancia del distrito de San Pablo, de Zaragoza, fechado el 15 de junio del año siguiente, su viuda, D.<sup>a</sup> María Gracia Prat, conforme al artículo 952 del Código civil.

En los Resultandos de dicho auto se recogen las manifestaciones hechas en el escrito inicial por el promovedor del expediente, según las cuales "todos los bienes existentes en el matrimonio, cuando éste se ha

disuelto por muerte de D. Angel Sangrós, son muebles, granjeados por el causante y D.<sup>a</sup> María Gracia Prat en su sociedad conyugal"; haciéndose, constar, además, en los mismos que la información testifical que la Ley previene fué practicada a tenor del siguiente interrogatorio: "Ser cierto que D. Angel Sangrós Gorriz falleció en esta ciudad sin testamento; que no ha dejado ascendencia ni descendencia, ni tampoco hermanos ni sobrinos hijos de hermano, y que los bienes dejados por el difunto consisten en antigüedades y alhajas."

La citada viuda, en escritura autorizada el 3 de agosto de 1932 por el Notario de la repetida ciudad D. Enrique Giménez Gran, cedió a D. Juan José Prat Lázaro treinta y tres fincas adquiridas por herencia de su marido, comprometiéndose el cesionario a satisfacer una renta vitalicia de tres mil pesetas anuales. Finalmente, este señor suscribió instancia—acompañando otra que firmó la nombrada viuda, testimonio del citado auto y primera copia de la escritura y testamento relacionados, con los documentos complementarios, haciendo constar el posterior fallecimiento de dicha señora—solicitando la inscripción de los inmuebles a título de herencia y de cesión y que se extinga en los libros registrales la renta vitalicia.

Presentada tal instancia en el Registro de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina, se extendió por el Registrador la nota que copiada a la letra dice así: "No admitida la inscripción del precedente documento, en unión de los demás que en el mismo se relacionan:

1.º Porque la declaración de herederos dictada por el Juez de Primera instancia del distrito de San Pablo, de Zaragoza, en 15 de junio de 1929, se funda en el orden de suceder del Código civil, tomando como hechos fundamentales la petición del interesado de que los bienes eran todos muebles y granjeados por el causante D. Angel Sangrós Gorriz, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 del Apéndice foral aragonés, y la inscripción que pretende obtener debe regularse en orden de lo que determina el artículo 39 de dicho Apéndice, por tratarse de bienes inmuebles adquiridos de sus ascendientes, y

2.º Por haber sido intervenidos por el Juzgado de Primera instancia de este partido los documentos relativos a la herencia de D. Angel Sangrós Gorriz, por estarse incoando en el expresado Juzgado el juicio universal de abintestato del repetido causante, lo que impide puedan inscribirse los documentos presentados relativos a la herencia hasta tanto se declare quiénes son los herederos".

Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior calificación, la Dirección, confirmando la decisión presidencial, ratifica la nota del Registrador, declarando, en cuanto al primer defecto:

Que en el escrito inicial de las diligencias tramitadas para declarar heredera a la viuda, y en la información testifical, se afirma que las actuaciones se refieren exclusivamente a los bienes muebles granjeados durante el matrimonio; y, por lo tanto, el Registrador de la Propiedad interpretó lógica y sistemáticamente el auto dictado por un Juez municipal en funciones de Primera instancia, que no distinguió en su parte dispositiva las clases de bienes que, según su origen y con arreglo a lo establecido en el Apéndice foral aragonés, deben seguir diferente trayectoria hereditaria, sin que pueda el recurrente prevalerse de esta falta de congruencia entre lo pedido y lo acordado y de esta imperfección formal para que se conceda al auto el excesivo e injusto alcance que pretende y para que se registren a su nombre bienes inmuebles que no sólo legal, sino también documentalmente, corresponden a otras personas que no fueron parte en las expresadas actuaciones.

Que la racional interpretación dada por el Registrador de la Propiedad y aceptada por el Presidente de la Audiencia está de acuerdo con los artículos 39 y 40 del citado Apéndice, con la opinión de sus comentaristas, con lo reiteradamente declarado por el Tribunal Supremo al aplicar tales preceptos, con las bases del repetido auto, con la sentencia firme pronunciada por el Magistrado encargado de la jurisdicción en el distrito de La Almunia de Doña Godina, que desestimó, imponiendo las costas al recurrente, un incidente promovido por éste sobre incompetencia y sobreseimiento del juicio universal de abintestato del causante, y, por último, según acreditó el propio recurrente, con la declaración de herederos hecha en la respectiva pieza de este juicio a favor de determinados parientes del "de cujus", en cuanto a los bienes inmuebles que éste había adquirido antes de su matrimonio, procedentes de la línea paterna.

Respecto al segundo defecto: que su justificación es notoria, porque el Registrador no tenía atribuciones para oponerse ni siquiera para discutir la ocupación decretada por el Juzgado de primera instancia, en cumplimiento de lo prevenido en el número 2.º del artículo 966 de la ley de Enjuiciamiento civil, de los documentos que debían surtir efecto en el juicio universal de abintestato, los cuales habían sido llevados al Registro con el fin de efectuar inscripciones de bienes inmue-



bles hereditarios y cuya restitución produjo la imposibilidad material de practicarlas que se consigna en la nota calificadora; y porque si el recurrente estaba disconforme con el mandato judicial pudo, toda vez que se personó en dicho juicio, solicitar oportunamente la reposición del proveído y utilizar, en su caso, los demás recursos pertinentes.

Es raro el recurso, cuando de la delimitación de facultades de los Registradores para calificar se trata, en que no se saquen a relucir por los impugnadores de las notas de aquéllos las restricciones que tienen para hacerlo de las resoluciones judiciales. Tanto, que ya linda en abuso, como el del caso que motiva el presente. Pues ¿qué se pretende? ¿Acogerse a la fe registral para seguir pleiteando sobre un inexistente derecho?

Hay casos tan evidentes en que, como dice el Presidente de la Audiencia de Zaragoza para el debatido, “no sólo es facultad, sino deber de los Registradores examinar el documento que se presente en relación con el acto o contrato que se intente inscribir”. Pues si la petición—al incoar el expediente de declaración de herederos—partió del supuesto de que sólo existían muebles granjeados por el causante durante la sociedad conyugal, ¿por qué extender la *declaración* a los bienes adquiridos por el finado de sus ascendientes, contrariando no ya lo dispuesto en el artículo 39 del Apéndice foral de Aragón, sino los artículos 359 y 371 de la Ley rituarial civil?

SOCIEDADES MERCANTILES: ES NULO EL PACTO POR EL QUE SE PRO-  
RROGA TÁCITAMENTE DE CINCO EN CINCO AÑOS SU DURACIÓN,  
CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 223 DEL CÓDIGO  
DE COMERCIO. LAS LLAMADAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA  
SON DEL TIPO O MODALIDAD DE LAS COLECTIVAS.

*Resolución de 16 de abril de 1942. (B. O. de 1 de mayo.)*

Por escritura pública otorgada en Alicante, ante el Notario don Lamberto García Atance, el 27 de diciembre de 1941, se constituyó la Compañía de Responsabilidad limitada “Vicente Ortuño e Hijos”, cuyo artículo 4.º de sus Estatutos, copiado literalmente, dice así: “La presente Compañía dará comienzo a sus operaciones mercantiles el día

1.º de enero de 1942, y su duración será de cinco años, a contar desde dicho día, prorrogables tácitamente de cinco en cinco años en tanto uno de los socios no avise a los otros con una anticipación, por lo menos, de tres meses al término del plazo dicho de cinco años, o, en su caso, de la prórroga que se hallare en vigor, su resolución de dar por terminada la Compañía. Estos avisos o comunicaciones habrán de hacerse, necesariamente, por escrito a los demás socios."

Presentada la escritura referida en el Registro Mercantil de Alicante, el Registrador puso la nota siguiente: "Transcrito el documento precedente en el Registro Mercantil de esta provincia, excepto el pacto que luego se dirá, al tomo XLIII de Sociedades, folio 122, hoja número 2.241, inscripción primera. No inscrito el pacto estableciendo la prórroga tácita de la Sociedad, por ser opuesto a lo determinado en el artículo 223 del Código de Comercio."

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, a fin de que se declarase que el pacto contenido en la escritura es perfectamente válido e inscribible, la Dirección—con vista de los artículos 125 del Código de Comercio, 81 y 120 del Reglamento del Registro Mercantil—confirma la nota del Registrador por los siguientes:

Considerando que nuestro Código de Comercio exige que en la escritura de constitución de la Sociedad colectiva se consigne la duración de la Compañía, y a este tipo responde la de responsabilidad limitada objeto de la escritura pendiente del recurso;

Considerando que el artículo 223 del Código de Comercio prohíbe taxativamente la prórroga de las Compañías por voluntad tácita o presunta de los socios, y en la escritura objeto del presente recurso se consigna una prórroga tácita en oposición con el precepto legal consignado, aunque se la disfrace bajo una apariencia de voluntad expresa;

Considerando que al tercero interesado en las relaciones jurídicas le es imposible conocer el verdadero término de la Compañía, toda vez que queda supeditado a la voluntad de uno de los socios, con notorio quebranto de los principios de publicidad y protección a tercero, ambos básicos del Registro Mercantil;

Considerando que la moderna doctrina mercantil, recogida por los más ilustres tratadistas patrios, se opone a que la denuncia contractual de los socios, encaminada a la disolución de la Sociedad, tenga reflejo en el Registro, dejando circunscritos sus efectos a los que pueda producir entre los socios interesados

Resalta ante todo la decisión del Centro directivo de encuadrar en el primero de los Considerandos transcritos la llamada Sociedad de responsabilidad limitada en el marco de las colectivas.

Como dice el profesor Garrigues en su magnífico *Curso de Derecho Mercantil* (t. I, pág. 294), "de las dos motivaciones fundamentales de la Sociedad de responsabilidad limitada (dar forma capitalista a Sociedades de escaso personal y poca envergadura económica y limitar la responsabilidad en Sociedades de tipo individualista), en la práctica comercial española ha pasado sólo la segunda: la Sociedad de responsabilidad limitada aparece entre nosotros como una Sociedad colectiva a la que no se aplica el artículo 127 del Código de Comercio".

A igual conclusión llega F. Navarro Azpeitia en su notable estudio de las Sociedades de este tipo (*Revista de Derecho Privado*, número 299, enero 1942), que define o configura diciendo "que la Sociedad limitada es aquella en que un número reducido de personas, generalmente no superior a diez, ponen en común bienes, en participaciones iguales o desiguales no representadas por títulos negociables y no transferibles a extraños sin consentimiento de los consocios, la cual desarrolla sus operaciones bajo la dirección de los socios reunidos en junta y la administración de una Gerencia mandataria de los socios; Sociedad en la que los socios no responden sino con sus aportaciones de capital y a la que, por ser de tipo de Sociedad de personas, le son aplicables, salvo en lo que afecta a la limitación de responsabilidad, las normas de la Sociedad colectiva".

En cuanto al motivo especial del recurso, la Dirección, en sus Considerandos—modelo de concatenación lógica y perfecta—, lo resuelve, de acuerdo con la postura por ella adoptada, conforme a la nota del Registrador, añadiendo nosotros, como glosa al artículo 223 debatido y al último de dichos Considerandos, las certeras palabras del ilustre profesor Garrigues antes citado, cuando dice "que este artículo no implica una derogación del principio de publicidad negativa del Registro; es una confirmación del principio de publicidad positiva, supuesto que la duración de la Compañía es requisito de la escritura social, y a través de la inscripción primera de la Compañía llega a conocimiento de tercera persona". (Véase tomo citado, pág. 310, y artículo 226 del Código de Comercio.)

G. CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1942.—*Divorcio de un matrimonio español en el extranjero.*

Como L. era español en 1914 al solicitar y obtener el divorcio en Francia, es indudable que a la sazón estaba sometido a la legislación de nuestro país en materia de matrimonio y divorcio, conforme a la teoría del Estatuto personal recogida en el artículo 9.º del Código civil, y con eficacia en España no pudo pedir la disolución del vínculo conyugal, que la legislación patria tenía por indisoluble en aquella fecha, ni por lo mismo pudo contraer válidamente segundas nupcias en el año 1928, en que se mantenía vivo el matrimonio celebrado en España, y con mujer española, en el año 1894, según acertadamente lo estima el Tribunal de instancia por aplicación del principio que informa dicho artículo 9.º, y más concretamente por virtud de las normas que contienen los artículos 11, en su párrafo final; 51, 52, 83, número 5.º, y 104 del mismo Código, sin que en contrario sirva argüir, como se arguye en el motivo primero del recurso, que, al ser planteada la demanda en octubre de 1932, había sido incorporado a nuestro Derecho el divorcio vincular por la ley de 2 de marzo de aquel año y era válido el decretado con anterioridad a instancia de españoles en país extranjero, según doctrina del auto de esta Sala de 5 de junio de 1934, pues, aparte de que esta doctrina no ha sido reiterada, ni, en su virtud, constituye jurisprudencia, la legalidad entonces vigente ha sido derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939, que restableció las normas del Código civil referentes a matrimonio y divorcio, y a esta Ley habría de darse en el caso de autos efecto retroactivo por el sentido que le inspira como afectada por el orden público. Tampoco se ha infringido ni podido infringir el convenio celebrado en La Haya el 12 de junio de 1902 sobre matrimonio y divorcio a que se alude en el motivo quinto, porque España no lo suscribió ni se adhirió a él, careciendo de vigor, por tanto, en nuestro país.

SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1942.—*Sustitución fideicomisaria condicional.*

El causante establecía en una de las cláusulas de su testamento lo siguiente: "En todos sus demás bienes muebles e inmuebles, créditos, efectos y demás que dejase en la hora de su fallecimiento instituye su heredero universal a su apreciado hijo Francisco..., libremente si falleciere con hijos legítimos y naturales o legítimos sucesores, pero a favor de los mismos; no obstante, si falle-

ciere sin tales hijos o sucesores legítimos, sólo podrá disponer libremente de la cantidad de 16.000 pesetas, y en lo restante de la herencia a él sustituye y para tal caso desde ahora en herederos suyos instituye a sus repetidos hijos Martín y José y a sus legítimos sucesores, no todos juntos, sino unos después de otros." De modo indudable se deduce del testamento que se instituye una sustitución fideicomisaria, en que están llamados como herederos fideicomisarios, primero los hijos y sucesores del heredero instituido por éste designados libremente, si falleciere con ellos, y en su defecto, sus hermanos. De las palabras subrayadas se desprende que, estando pendiente de cumplimiento la condición que afecta a toda la institución de que falleciere con hijos o sin ellos, hasta entonces estaba obligado el heredero primeramente instituido a conservar el patrimonio completo, salvo las 16.000 pesetas de que podía disponer libremente, para restituirlo a sus hermanos, si moría sin sucesores. Sentado lo anterior, es evidente que los hijos o sucesores del fiduciario no adquirirían el derecho a la sustitución desde la muerte del testador, sino desde el fallecimiento de su padre, día en que se cumplía la comisión del fideicomiso de conformidad con las sentencias de este Tribunal de 9-VII-1910, 11-XII-1912, 5-I y 29-XII-1918 y 30-X-1929, que terminantemente establecen que los sustitutos sujetos a condición, aun cuando a la muerte del testador adquieren la expectativa de su derecho, no lo completan, ni tampoco transmiten a sus herederos el derecho a sustituir, sino cuando se cumple durante su vida la condición establecida, de cuya doctrina aplicable a la sustitución fideicomisaria es consecuencia que el sustituto no puede transmitir a sus hijos o nietos lo que no puede adquirir.

SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1942.—*Artículo 1.894 de la ley de Enjuiciamiento civil.*

El Juez levantará el depósito si la demanda, entablada por la mujer dentro del plazo señalado ante el Tribunal eclesiástico, no ha sido admitida por declararse incompetente aquel Tribunal.

SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1942.—*Ley de Usura.*

La sentencia que tenemos a la vista establece diferentes doctrinas referentes a la mencionada ley, entre las cuales destacan las siguientes: 1.ª La sentencia recurrida rechazó la aplicación de la ley de Usura por no tratarse de un contrato de préstamo, sino de la apertura de una cuenta corriente, a base de la cual el demandante recibía, mediante vales y letras de cambio, del demandado las cantidades que necesitaba. Este criterio infringe el artículo 9.º de la ley de Usura, que hace extensiva dicha ley a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero. 2.ª La sentencia recurrida estima que la ley de Usura protege sólo la situación angustiosa *transitoria* y no la situación angustiosa *permanente*. Este criterio infringe también la aludida ley, ya que su finalidad es la de perseguir la explotación de la necesidad para obtener un lucro injustificado, finalidad que se extiende igualmente a situaciones transitorias como permanente, a las cuales se puede llegar por múltiples causas sin culpa alguna del necesitado. 3.ª Tampoco es aceptable la tesis del Tribunal *a quo*, según la que un contrato, para que sea declarado nulo por usurario, ha de reunir todos los requisitos contenidos en el artículo 1.º de la ley de Usura, ya

que la partícula "o" se emplea en dicha disposición legal en sentido disyuntivo y no en sentido copulativo. 4.ª La convicción del juzgador puede y debe basarse también en la actitud del demandado durante el proceso, en tanto en cuanto puede infundir vehemente sospecha por la falta de sinceridad, con la que el demandado se comporta en el proceso.

SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1942.—*Concepto de prodigalidad.*

Esta importante sentencia rechaza el criterio del Tribunal *a quo*, que asemeja la prodigalidad a la demencia y que niega la prodigalidad de la mujer casada por sumisión al marido, marcando las características de la prodigalidad de la siguiente manera: a) Que se dé una conducta desordenada y ligera—no meramente desacertada—en la gestión o en el uso del propio patrimonio; bien a causa de un espíritu desordenado o por desarreglo de costumbres. b) Que esa costumbre sea habitual, toda vez que los actos más o menos irregulares o los gastos excesivos, pero aislados y puramente circunstanciales, no pueden ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad. c) Que ponga injustificadamente en peligro la conservación del patrimonio, con perjuicio de aquellas personas a las que se reserva el ejercicio de la acción, unidas al pródigo por un vínculo estrechísimo de familia y con respecto a las cuales tiene éste obligaciones morales y jurídicas, ineludibles.

SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1942.—*Conducta procesal fraudulenta.*

La demandante basa su acción en un documento privado que consta de tres hojas escritas a máquina. Las firmas se hallan en la última hoja y han sido autenticadas pericial y testificalmente. La actora no presentó con su demanda el mismo documento, sino sólo un testimonio notarial, por hallarse incorporado el original al protocolo del Notario autorizante del testimonio dicho. La expresada protocolización la efectuó la demandante voluntariamente cinco años después de la fecha del documento, a los cinco meses de celebrado el acto de conciliación preliminar del juicio y cinco días antes de la presentación de la demanda. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida, que había mantenido la legitimidad de la conducta procesal de la actora. Sus razones son las siguientes:

La presentación con los escritos de demanda de los documentos en que los litigantes funden sus derechos tiene el alcance de una tácita interpelación al contrario para que reconozca o niegue su autenticidad, interpelación que reviste singular importancia tratándose de documentos privados, al extremo que algunas legislaciones autorizan la verificación formal de éstos en procedimiento especial previo a la demanda; de aquí que los artículos 504, 506, 512, 602, 604 y 612 de la Ley procesal, y los 1.225 y 1.226 del Código civil no se limitan a ordenar la presentación de los que sean básicos de la acción, sino que también disponen que los de carácter privado sean reconocidos por el litigante contrario, y, además, establecen los efectos de la inobservancia de estas normas legales; y de aquí también que este Tribunal, en repetidos fallos (entre otros, los de 13-X-1894, 19-XII-1902, 13-IV-1909 y 11-VII-1927), tiene establecida la doctrina de que la presentación con la demanda de los documentos fundamentales de la acción es tan inexcusable, cuando los tiene el actor a su disposición, que si no se realiza no pueden ser tomados en consideración en los fundamentos legales del fallo, ni, por consiguiente, alcanzar éxito la demanda,

que debe quedar desestimada cuando sólo se funde en la prueba que se practique en orden a la virtualidad de tales documentos, y que cuando no se aplica esta doctrina se infringen los artículos 504 y 506 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la sentencia debe ser casada; doctrina de perfecta aplicación al caso actual, porque, como queda dicho, la celebración del contrato se deduce de la prueba practicada sobre la autenticidad del documento no presentado con oportunidad, que por tal circunstancia resulta inoperante en el pleito. Y esta aplicación es independiente del criterio que pueda sustentarse respecto del acierto o desacierto con que la sentencia recurrida establece la autenticidad de un documento escrito a máquina en tres hojas de papel común sólo por el hecho de que sean auténticas las firmas estampadas en la última hoja. Es inadmisibles la afirmación del Tribunal *a quo* de que la parte actora no venía obligada a presentar con la demanda el tan repetido documento fundamental de la acción, debido a que, por hallarse incorporado a un protocolo, no lo tenía a su disposición, porque como esta incorporación tuvo efecto a los cinco años de la fecha del documento y cinco días antes de la presentación de la demanda, cuando ya se había celebrado el acto de conciliación preliminar del juicio, el no haber intentado el reconocimiento de aquél por el demandado, como era de rigor según los artículos 1.225 del Código civil y 604 de la Ley procesal, autoriza a deducir que la protocolización, más que el ejercicio de un derecho, como afirma la sentencia recurrida, fué el medio escogido para la contravención, subrepticia de un precepto legal claro y terminante, que los Tribunales no pueden amparar.

Los "Considerandos" del Supremo Tribunal sientan directa o indirectamente tres doctrinas, de las cuales ninguna nos parece convincente. Helas aquí:

1.ª El Tribunal Supremo indica la conveniencia de que un documento privado que consta de varias hojas lleve las firmas al final de cada una de las diferentes hojas. Sin embargo, no existe ninguna disposición que mande semejante cosa, y prescripciones como el artículo 706, párrafo 3.º, del Código civil, referente al testamento cerrado, no contienen ninguna regla general.

2.ª La sentencia mantiene la infracción de los artículos 1.225 y 1.226 del Código civil y 604 de la ley de Enjuiciamiento civil. A este efecto hay que distinguir dos posibles infracciones:

a) La sentencia recurrida puede haber infringido el artículo 1.225 del Código civil, que atribuye el valor de escritura pública a los documentos privados que hayan sido reconocidos legalmente, sin que ese reconocimiento pueda ser suplido con idénticos efectos por la prueba testifical ni por la del cotejo de letras. En efecto, declara el Tribunal Supremo, en sentencia del 3-VI-1932, que el reconocimiento legal a que se contrae el artículo 1.225 es el realizado por los otorgantes del documento, o, como el artículo 604 de la ley de Enjuiciamiento civil establecè, por la parte a quien perjudique; pero no el realizado por unos peritos, cuyo dictamen sobre la legitimidad de un documento privado no puede, en la esfera del Derecho, convertir este documento en público, con la importancia que el Código civil otorga a éstos en el mencionado artículo 1.225.

Ahora bien: en primer lugar, la sentencia recurrida no atribuye al documento privado el valor de documento público a los efectos del artículo 1.225 del Código civil, puesto que, en lugar de invocar a título de prueba la doctrina del artículo 1.218 del Código civil, como hubiera procedido tratándose de un documento público o de un documento privado reconocido a los efectos del

artículo 1.225 del Código civil, basa su juicio acerca de la legitimidad del documento privado sobre las pruebas periciales y testificales.

En segundo lugar, el documento privado cuya autenticidad se ataca, no pierde por ello su valor probatorio. Véanse, por ejemplo, las sentencias del 9-VI-1909 y 18-XI-1903, estableciendo esta última que los documentos privados pueden adverbarse por otros medios de prueba cuando el obligado no los hubiera firmado o cuando, habiéndolos firmado, desconociere su firma.

b) La segunda posible infracción se refiere a los artículos 1.226 del Código civil y 604 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Ahora bien: en primer lugar, estas disposiciones son de mera tramitación y no se refieren a la apreciación del resultado de la prueba a los efectos del número 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por lo cual hubiera procedido la no admisión del motivo, con arreglo al artículo 1.729, número 9.º

En segundo lugar, los artículos 604 y 606 de la ley de Enjuiciamiento civil y 1.226 del Código civil no han sido infringidos. Dichos artículos no establecen un derecho del supuesto firmante del documento a reconocerlo o a no reconocerlo antes del cotejo de letras. Tal interpretación no sería sancionada por el texto legal, pero también carecería de sentido. Por un lado, no impide nadie al supuesto firmante reconocer su firma en los escritos de contestación y dúplica, con idénticos efectos (art. 604, párr. 2.º, de la ley de Enjuiciamiento civil); por otro lado, no se comprende el perjuicio que para el supuesto firmante puede significar el cotejo de letras sin que se le haya pedido antes el reconocimiento, ya que una de dos: si no quiere reconocer su firma, se procede de todas maneras al cotejo; si quiere reconocerla, el cotejo comprobará el reconocimiento o lo desaprobará; en el primer caso, el supuesto firmante no tiene objeción razonable ninguna; en el segundo, puede desvirtuar el dictamen de los peritos mediante reconocimiento de la legitimidad de la firma en el escrito de conclusión, con arreglo al principio dispositivo. Los citados artículos, lejos de contener un derecho del supuesto firmante, prevén "un medio de obligar al reconocimiento" (véase Manuel de la Plaza: "Derecho procesal civil español", t. I, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1942, página 466), y tienden hacia el logro de la economía procesal: quieren evitar una prueba superflua, y por esta razón anteponen a la prueba costosa del cotejo de letras el medio de prueba barato del reconocimiento de la firma bajo juramento, cuyo resultado positivo hace superfluo el cotejo de letras. Los mencionados preceptos obedecen, por tanto, al mismo principio, que sólo permite la prueba de hechos controvertidos y relevantes (véase arts. 565 y 566 de la ley de Enjuiciamiento civil). Ahora bien: esta finalidad del artículo 604 nos lleva a una aplicación análoga de su segundo párrafo: de la misma manera en que el reconocimiento en el término de la prueba resulta innecesario si ya se ha realizado en los escritos anteriormente, de idéntico modo resulta superflua la práctica de la mencionada prueba si en los anteriores escritos se ha negado la legitimidad de la firma. ¿Para qué demorar el cotejo de letras, si ya se sabe de antemano que el supuesto firmante negará la autenticidad de la firma?

3.ª La tercera tesis del Tribunal Supremo consiste en la infracción indirecta del artículo 504 de la ley de Enjuiciamiento civil; es decir, mediante una actuación fraudulenta. Según la sentencia del Tribunal Supremo, debe aplicarse un precepto si una persona impide su aplicabilidad fraudulentamente, idea que aparece, en un caso especial, en el artículo 1.119 del Código civil. En el caso



concreto la actora impidió, en el entender del Tribunal Supremo, fraudulentamente la aplicabilidad del artículo 504, por entregar pocos días antes de la interposición de la demanda el documento privado a un Notario. Por tanto, debe ser tratada como si lo hubiese tenido en su poder el día de la interposición de la demanda. De allí se concluye que el Tribunal de instancia no debía admitir la copia del mencionado documento, infringiendo, por ende, los artículos 504 y 602 de la ley de Enjuiciamiento civil.

a) La doctrina del fraude a la Ley no está reconocida en el Derecho español. Hay algunas disposiciones que contienen casos especiales de dicho principio (véase arts. 1.119, 1.288 y 1.291, núm. 3.º, del Código civil). Pero precisamente estos preceptos demuestran la ausencia de un principio general, cuya admisión por analogía no puede admitirse tampoco, puesto que conduciría a la restricción de la libertad individual de utilizar las formas del Derecho. El fraude a la Ley es emparentado con el abuso del Derecho. Bien es verdad que no todo abuso de Derecho constituye un fraude a la Ley, porque puede limitarse a representar una violación del precepto que garantiza en principio el derecho subjetivo mal usado; pero no lo es menos que todo fraude a la Ley presupone un abuso de Derecho, puesto que la aparente inaplicabilidad de la disposición legal burlada resulta del ejercicio abusivo de un derecho subjetivo. Ahora bien: la doctrina del abuso del Derecho, pese a alusiones en el Código civil (arts. 520, 529 y 1.705), no es tampoco reconocida en términos generales en el Derecho español (Clemente de Diego: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, t. II, Madrid, Suárez, 1923, pág. 790; Pérez González y José Alguer: *Notas a la Parte General de Enneccerus y Nipperdey*, Barcelona, Bosch, 1935, t. I, vol. II, pág. 533), y así lo ha establecido el Tribunal Supremo en innumerables sentencias (véanse algunas en Pérez González: l. c.). Pero no sólo el Derecho español desconoce una doctrina general del fraude a la Ley. Tampoco la poseen ni el Derecho alemán (véase Enneccerus-Nipperdey, l. c.), ni el Derecho francés (véase, por ejemplo, Planiel-Ripert, *Traité Élémentaire de Droit civil*, Paris, 1931, t. II, núm. 1.039 bis, pág. 398). La única materia en la cual se encuentra admitida una teoría general del fraude a la Ley es el Derecho internacional privado, en sus elaboraciones latinas, puesto que sus desenvolvimientos germánicos creen poder prescindir de tal teoría y poder contentarse con la del orden público internacional.

b) Pero aun reconociendo una doctrina general del fraude a la Ley, no resultaría aplicable ésta al caso concreto. "El fraude de la Ley es una violación de la Ley en su espíritu (Alexandre Ligeropoulos: "La defensa del Derecho contra el fraude", en *Revista de Derecho Privado*, 1930, pág. 10). ¿Cuál es el espíritu del artículo 504 de la ley de Enjuiciamiento civil? Según se conteste con el principio de la inmediación objetiva de la prueba o con el de su publicidad, existe o no existe una infracción del espíritu del artículo 504 de la ley de Enjuiciamiento civil. El principio de la inmediación se refiere a la práctica de la prueba y establece, por una vertiente, que el mismo Juez directamente (inmediatamente) debe examinar los medios de prueba (inmediación subjetiva); por otra vertiente, que se deben examinar aquellos medios de prueba que demuestran el *thema probandi* con la máxima inmediación (inmediación objetiva) (véase James Goldschmidt: *Zivilprozessrecht*, Berlín, Springer, 1929, § 11, 5, pág. 25). El Derecho español reconoce, teóricamente al menos, el principio de la inmediación subjetiva en su artículo 254 de la ley de Enjuiciamiento civil (sobre las violaciones de dicho dogma en la práctica, véase Prieto Castro:

*Exposición del Derecho procesal civil de España*, t. I, 1941, núm. 303, I, página 249). En cambio, no rige en el Derecho español el principio de la intermediación objetiva (v. James Goldschmidt: *Teoría general de proceso*, Barcelona, Labor, 1936, pág. 134), el que ni siquiera encuentra mención ni en el manual de Prieto Castro, ni tampoco en el de La Plaza. El principio de intermediación objetiva exigiría, por ejemplo, la presentación de documentos públicos en su forma original (en contra, el art. 505 de la ley de Enjuiciamiento civil); la preferencia del reconocimiento judicial a la prueba pericial y testimonial (en contra, el art. 633 de la ley de Enjuiciamiento civil), y la preferencia de una inspección personal a la utilización de un relato sobre tal inspección (en contra, el art. 1.241 del Código civil). En la ley de Enjuiciamiento criminal, la situación es algo diferente (véase, por ejemplo, art. 813). Por tanto, llegamos al resultado de que el artículo 504 no constituye una emanación del principio de intermediación objetiva y no exige, por tanto, el original del documento privado que obra en poder de la parte por este motivo. La finalidad del mencionado artículo es más bien la publicidad del contenido de cualquier documento básico, desde la interposición de la demanda, para que la defensa pueda enterarse de los medios de ataque. Así, se contenta el artículo 504 con copias fehacientes, y el artículo 505 hasta con copias simples. Siendo todo ello así, es inconcuso que la conducta de la actora no constituye ninguna violación del espíritu del artículo 504 de la ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1942.—*Donación "mortis causa"*.

El Tribunal Supremo establece: 1.º Que la donación *mortis causa* no requiere para su validez la aceptación del donatario, ya que debe anteponerse el artículo 620 del Código civil al artículo 623 del mismo cuerpo legal. 2.º Que el donatario que premuere al donante no transfiere derechos a sus herederos.

SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1942.—*Convenio de Bruselas de 23-IX-1910*.

El 28 de marzo de 1936, y en ocasión de hallarse navegando, sufrió el buque "Angelita" una avería en el timón, lo que obligó al capitán a solicitar auxilio por medio de la radiotelefonía. A las llamadas del "Angelita" acudió el vapor "Txit-Ona", cuyo patrón remolcó con el suyo el buque averiado hasta el puerto de Vigo, dejándolo atracado en una de las dársenas de dicho puerto. A tenor de los artículos 586 y 588 del Código de Comercio, representa el capitán al propietario del buque cuando actúa en el ámbito de las atribuciones de su cargo. Por tanto, es manifiesto que, convenido el remolque entre los que mandaban los citados vapores, se originó un contrato de arrendamiento de servicios, obligatorio para los respectivos propietarios, sin que constituyese obstáculo a la perfección de aquel negocio jurídico la falta de determinación del precio, porque, con arreglo a los artículos 2.º, 6.º y 8.º del Convenio de Bruselas de 23 de septiembre de 1910—vigente en España a virtud del decreto de 17 de noviembre de 1923—, la remuneración de los actos de asistencia marítima se fija por el Juez, si las partes no la hubieren señalado, siempre que, como en el caso objeto de discusión, tal asistencia haya producido un resultado útil, y sin que, con arreglo al artículo 1.º del antes citado Convenio de Bruselas, haya lugar a distinguir entre servicios de salvamento y de asistencia marítima.

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1942.—*Quebrantamiento de forma.*

En cuanto a la denegación de la prueba de tachas de testigos, consta en autos diligencia de liquidación del término de prueba, acreditando que éste vencía en 27 de enero de 1941, y el escrito en que se propuso dicha prueba de tachas lleva fecha de 29 del mismo mes y fué presentado al siguiente día, cuando el período de prueba ya había expirado, y si bien el artículo 665 de la ley procesal determina que cuando no quedare para la prueba de tachas tiempo suficiente dentro del segundo período de prueba, el Juez lo prorrogará para este efecto, sin embargo, esta disposición no puede aplicarse al caso presente, porque sólo el plazo que está en curso puede prorrogarse difiriendo su terminación, y es evidente que la facultad de prorrogar no autoriza para abrir un nuevo período de prueba después de terminado el que a este efecto se concedió, aparte de que el citado artículo 665 se refiere a los juicios declarativos y no tiene ningún correlativo en los de desahucio.

SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1942.—*Derechos del reservatario.*

Si bien hasta la consumación de la reserva carece el reservatario de facultad dominical sobre los bienes reservables, su posición jurídica significa un derecho eventual con relación a bienes de una herencia diferida, cual es la del causante de la reserva, de suerte que el fallecimiento del reservista no implica transmisión hereditaria de éste al reservatario, sino cumplimiento de una parte de la condición de que aquella consumación depende, y, por tanto, la enajenación que de su derecho realice el segundo *pendente conditio* no constituye contrato sobre herencia futura, ni cae en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 1.271 del Código civil.

LA REDACCIÓN.

## La Jurisprudencia del Tribunal especial sobre contratación en zona roja

Las sentencias del Tribunal especial que tenemos a la vista tratan de la interpretación de los artículos 1.º y 9.º de la ley sobre contratación en zona roja del 6 de noviembre de 1940 (1).

I. Interpretación jurisprudencial del artículo 1.º: el artículo 1.º de la ley especial reza de la siguiente manera: "Serán anulables aquellos contratos celebrados en lugar sometido a la dominación roja con posterioridad al 18 de julio de 1936, al amparo de disposiciones emanadas de su ilegítimo Poder y contrarias al régimen jurídico subsistente en dicha fecha." Las sentencias interpretan tanto el término "disposiciones" como la voz "al amparo".

1) Interpretación jurisprudencial del término "disposiciones" en el artículo 1.º de la ley especial:

En dos sentencias el Tribunal especial sienta la doctrina de que un contrato celebrado, de una parte, por una persona jurídica cuyos representantes han sido nombrados a base de disposiciones del Gobierno rojo, no es anulable, puesto que las mencionadas disposiciones no son disposiciones al efecto del artículo 1.º de la ley especial.

a) Sentencia del 6 de abril de 1942: "En la demanda inicial de este juicio se funda la expresada causa de nulidad en el hecho de que el contrato se celebró por L. P. como presidente de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Orihuela, autorizado por la Comisión Gestora de la misma, cuyos presidente y Comisión fueron designados y nombrados por Orden ministerial de 31 de diciembre de 1936, sin atenerse a las normas estatutarias, en la que al mismo tiempo se destituía a sus

(1) Véase la notable edición de la mencionada ley en *Publicaciones de la Comisión de Legislación Extranjera e Información Jurídica*; Madrid, 1942; la que recopila las disposiciones complementarias y la jurisprudencia y contiene notas preliminares de D. Agustín González Ruiz.

representantes legítimos y modificaba su nombre fundacional; hechos y circunstancias que no determinan la anulabilidad del contrato, puesto que para ello es necesario que el contrato se hubiera celebrado al amparo de disposiciones emanadas del ilegítimo Poder y contrarias al régimen jurídico subsistente en dicha fecha, condición esta última que no concurre en la aludida Orden ministerial, ya que ésta no puede ser tenida ni conceptuarse como una disposición dictada con sustantividad y efectos jurídicos contrarios a la legalidad vigente antes del 18 de julio de 1936 en orden a la contratación, sino como actos y disposición encaminados a conferir la gestión de la repetida Caja a personas distintas de las que la representaban y administraban con arreglo a sus Estatutos, sin que alterase, modificara o derogase las disposiciones del Código civil en materia de contrato, con arreglo a las cuales se otorgó el de compraventa cuestionado, respecto al cual el perjuicio y móvil que manifiestamente impulsa a la parte actora a producir su demanda no son otros que el haberse concertado y percibido el precio de la cosa vendida en moneda cuya desvalorización pretende que sea sufrida por el comprador, sin que para lograrlo haya acudido al remedio de una revisión de pagos, cuya equivalencia no puede ser obtenida valiéndose de una acción de nulidad que no tiene amparo en el precepto que para lograrla invoca."

b) Sentencia del 24 de abril de 1942: "Y comoquiera que la parte demandante, por todo fundamento de la acción que ejercita aduce que el Comité que compró el coche cuestionado era consecuencia de disposiciones de los Gobiernos marxistas sobre incautaciones de Empresas privadas y coches de motor mecánico, hecho que no acredita la concurrencia de las circunstancias exigidas en el artículo 1.º, es manifiesta la improcedencia de aquélla."

La sentencia del 20 de abril completa la doctrina negativa aludida por la tesis positiva de que las disposiciones, al efecto del artículo 1.º, deben variar el régimen jurídico contractual subsistente. He aquí sus partes esenciales: "La cuestión litigiosa se reduce a determinar si el contrato de compraventa de orujo de aceituna, constituido por las sucesivas entregas que de este producto hizo D. C. en la fábrica "La Zaragoza" a partir del 19 de abril de 1938 hasta el 29 de agosto siguiente, es por haberlas hecho en acatamiento a lo ordenado por el alcalde de Tarancón en su oficio de 17 de abril de 1938, anulable en virtud del artículo 1.º. Aplicando esta disposición al caso de autos, es

inconcuso que la Orden mencionada de 17 de abril de 1938 es ajena al régimen jurídico, puesto que fué en disposición de carácter gubernativo, con la sola finalidad de procurar el abastecimiento de la población, medida precautoria dada la anormalidad existente en la época en que fué dictada y en nada varió el régimen jurídico contractual subsistente ni amparó contratos contrarios al mismo, probándolo así el hecho de que, según aparece justificado en autos, la actora, con anterioridad a la dominación marxista, celebró contratos de ventas de orujo en idéntica forma y condiciones que el que es impugnado en el presente juicio."

En resumidas cuentas: las "disposiciones" al efecto del artículo 1.º han de ser normas generales modificadoras del régimen jurídico contractual subsistente.

2) Interpretación jurisprudencial del término "al amparo" en el artículo 1.º de la ley especial:

El Decreto del Gobierno rojo del 14 de agosto de 1936 prohibió la enajenación de bienes inmuebles. Esta prohibición fué burlada de diferente manera por los particulares: sea que se limitaron a concertar contratos de mera promesa de compraventa (véase sentencia del 24 de abril de 1942), sea que, basándose en un imaginario contrato privado celebrado con anterioridad al 18 de julio de 1936, concertaron un contrato de "ratificación" de dicho contrato privado inventado. Todos estos contratos, dirigidos a la enajenación de inmuebles y contrarios al citado Decreto del Gobierno rojo, no son anulables, con arreglo al artículo 1.º de la ley especial, porque, lejos de ampararse en disposiciones emanadas del ilegítimo Poder rojo, lo infringen.

La sentencia del 24 de abril de 1942 coincide en lo fundamental con la del 26 de diciembre de 1941 (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, pág. 111). Repetimos lo que dijimos en aquella ocasión: "En efecto, hay que distinguir entre un *contrato basado en una norma del Gobierno rojo*—contrato anulable por lo vicioso de su fundamento legal—y un *contrato cuya estructura jurídica ha sido motivada por una disposición del Gobierno rojo* y cuya anulabilidad no es sancionada por la ley especial y contraría, además, su misma finalidad, cuando la forma especial, motivada por la disposición del Gobierno rojo, ha sido elegida precisamente para burlar esta última."

La sentencia de 31 de marzo de 1941 rechaza la tesis del actor-vendedor, consistiendo en que para celebrar el contrato hubo necesidad de

solicitar la debida autorización de la "Generalitat" de Cataluña, y que por no permitir ésta que se tuvieran en el domicilio más de 2.000 pesetas, tuvo que ingresar en un Banco el precio obtenido por la venta, ya que "es visto que tales disposiciones, si bien dificultan la celebración de los contratos de compraventa y la libre disposición del precio que los vendedores obtuvieran, no crearon un régimen jurídico contractual contrario al existente". Dejando aparte la disposición referente al ingreso forzoso del precio en un establecimiento bancario, por realizarse sus efectos con posterioridad al contrato de compraventa, que ya por esta razón mal puede ampararse en ella, el contrato de compraventa, o se ampara en el Derecho civil anterior al 18 de julio de 1936, en cuyo caso no se trata ni de disposiciones ilegítimas ni contrarias al régimen jurídico contractual subsistente, o se ampara en la autorización de la "Generalitat", en cuyo caso no se trata ni de una norma general ni de una norma contraria al régimen jurídico contractual subsistente, puesto que deroga precisamente, en un caso concreto, una norma de tal índole.

## II. Interpretación jurisprudencial del artículo 9.º:

La sentencia de 15 de abril de 1942 aplica la Orden de 4 de diciembre de 1941, expresiva de una interpretación auténtica del artículo 9.º (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, pág. 109).

La sentencia de 28 de marzo de 1942 aplica el artículo 9.º, D) ("deudor asesinado por los marxistas").

LA REDACCIÓN.

## Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

LAS DEUDAS CONTRAÍDAS CON UNA SOCIEDAD POR UNO DE LOS DOS ÚNICOS SOCIOS, DEL CUAL ES HEREDERO EL OTRO, NO SON DEDUCIBLES, PORQUE LOS LIBROS DE CONTABILIDAD NO LLEVAN APAREJADA EJECUCIÓN Y PORQUE, ADEMÁS, SE REQUIERE QUE LA DEUDA SEA RATIFICADA CON INTERVENCIÓN DEL ACREEDOR Y QUE SE OTORQUE DOCUMENTO PÚBLICO DE PAGO.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de octubre de 1938.*

D. J. L. y don M. F. tenían formada una Sociedad regular colectiva con un capital aportado por iguales partes. Fallecido don M. F., resultó ser único heredero su socio, don J. L., quien hizo constar esos extremos en escritura pública, y además, que al quedar como único socio se imponía la disolución de la Sociedad y se haría cargo, en virtud de esas dos cualidades de socio y heredero, de todo el activo y pasivo.

Del inventario y balance resultó un total activo de 80.820,90 pesetas, un pasivo de 23.470,90 y un capital líquido a favor de los socios de 57.350 pesetas, cuya mitad, decía la escritura, es la herencia del causante. Siendo de notar que en el pasivo figuraba, entre otros créditos, uno de 26.846,64 pesetas contra el socio fallecido.

La Oficina liquidadora, al girar las liquidaciones de la herencia y de la disolución de Sociedad, giró las correspondientes liquidaciones por disolución de Sociedad sobre el capital líquido, por adjudicación para pago sobre el importe del pasivo, y por herencia del socio fallecido a favor del superviviente sobre la mitad del haber líquido social, sin tener en cuenta ni deducir la deuda de 26.846,64 que el causante tenía



contraída con la disuelta Sociedad, la cual, de haber sido computada, hubiera dejado reducida la herencia a 1.828,36 pesetas.

Esa última liquidación fué recurrida alegando el contenido del párrafo 3.º del artículo 101 del Reglamento, ya que en el caso se daban los requisitos del mismo, porque se justificaba con el medio de prueba, admisible en Derecho, de los libros de contabilidad de la Sociedad —cuyos asientos se testimoniaron—; porque la deuda estaba ratificada en documento público por los herederos con la comparecencia del acreedor, a lo que equivalía la escritura de disolución de la Sociedad, en la cual el reclamante, como heredero, reconoció la existencia del débito; y porque no aparece contraída a favor de heredero o legatario de parte alícuota ni de los parientes de los mismos, sino a favor de la Sociedad.

Tanto el Tribunal provincial como el Central desestimaron el recurso.

El segundo, dando por indiscutido, de acuerdo con el recurrente, que el caso no se comprende en el párrafo 1.º del artículo 101 del Reglamento del impuesto, lo contrasta con el 3.º y dice que, si bien los libros de contabilidad, llevados en forma, son medio de prueba admisible en Derecho, conforme al artículo 578 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se ha ratificado la deuda con intervención de un acreedor como persona distinta de los herederos, ni otorgado documento público de pago en la misma forma, que es lo exigido por el Reglamento como garantía de la Administración para que la deducción pueda tener lugar, puesto que a estos efectos no es eficaz la escritura de disolución de la Sociedad y de adjudicación de la herencia, porque es un documento que pueden otorgar libremente los herederos, estipulando lo que a sus intereses convenga y haciendo ineficaz el precepto invocado.

*Comentarios.*—Dadas las particularidades del caso, nos parece que el criterio del Tribunal se inclinó más a la letra del precepto que a su espíritu, y que con arreglo a éste, y al mismo tiempo, sin violentar el texto literal del apartado del artículo, pudo salvar el escollo que presenta la confusión de acreedor y heredero en la persona del socio superviviente, cuya confusión es la que en realidad originó el problema o le hizo de más difícil solución.

No se debe olvidar que lo que el Reglamento quiere evitar con esas minuciosas previsiones de los tres primeros apartados del artículo 101 es el fingimiento de deudas y el subterfugio de que puedan aparecer

como acreedores los herederos o sus parientes, es decir, personas que tengan interés en que el beneficio tributario se consume. Pero en este caso, pese a la mencionada confusión de personas, parece que razonablemente, tanto el fingimiento como la confabulación, pueden darse por descartados, puesto que la deuda, supuesto el medio de prueba que la acredita, ofrece garantías de certeza y de preexistencia.

Comoquiera que sea, y en definitiva, el criterio del Tribunal podrá parecer duro y más fiscal que jurídico, pero no se puede decir que esté fuera ni de la letra ni del espíritu del texto reglamentario.

LA BASE LIQUIDABLE EN LAS HERENCIAS ES EL VALOR DE LOS BIENES HEREDITARIOS COMPROBADA CON REFERENCIA AL DÍA DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE Y NO EL PRECIO QUE PRODUCERON AL SER VENDIDOS EN SUBASTA PARA PAGO DE ATENCIONES DE LA TESTAMENTARIA.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 28 de noviembre de 1938.*

Presentada a liquidación una herencia constituida exclusivamente por una casa, toda vez que otros bienes existentes en el caudal eran objeto de legado, los albaceas vendieron el inmueble en pública subasta en precio de 55 000 pesetas, con objeto de pagar determinados gastos y atenciones de la testamentaria, y el resto del precio lo entregaron a los herederos.

Todo esto se hizo constar, cifrado y detallado, en la escritura de partición presentada en la Oficina liquidadora, pero el liquidador, practicada la comprobación, obtuvo para el inmueble, por capitalización del líquido imponible, un valor de 81.000 pesetas que fijó como base liquidable, y aunque dedujo las mismas cifras para pago de aquellos gastos y atenciones, resultó, como es lógico, aumentada la participación de los herederos como tales en la herencia.

No conformes aquéllos con las liquidaciones giradas, alegaron la falta de notificación del expediente de comprobación y la consiguiente nulidad de las liquidaciones, y también que los herederos no adquirieron realmente la casa, que pasó directamente del causante, por medio de los albaceas, al comprador, y que aun en el caso de estimarse como herencia, su valor sería el de 55.000 pesetas que produjo en la subas-

ta, conforme al artículo 61 del Reglamento, y no las 81.000 pesetas comprobadas.

El Tribunal provincial y después el Central desestimaron la reclamación, fundándose el segundo en que los derechos a la sucesión se transmiten desde el momento de la muerte del causante—artículos 657 y 661 del Código civil—, cuyo principio concuerda con el precepto reglamentario—artículo 52—de que las transmisiones a título hereditario se entienden verificadas el día del fallecimiento del transmitente, de donde se desprende que la determinación de los bienes integrantes del caudal han de referirse al mismo día.

Por esa razón no es admisible la fijación de la base liquidable, con arreglo al precio obtenido en la subasta posterior, ni aun invocando el artículo 61 del Reglamento, porque la base o valor obtenido por ese procedimiento sólo puede regir para la transmisión misma y no para el título anterior de adquisición.

Finalmente, en cuanto a la omisión de la notificación del expediente de comprobación, estima el Tribunal que, efectivamente, es preceptiva en todo caso, como ordena el artículo 85 en relación con el 123, ambos del Reglamento del impuesto, aun en el supuesto de que el valor se fije utilizando los datos del Registro fiscal, pero que por razones de economía procesal debía prescindirse de la omisión, ya que la anulación de las liquidaciones por ese motivo resultaría ineficaz desde el momento en que se declaran procedentes.

*Comentarios.*—A la vista de la sencillez del caso y la clara doctrina sentada, nada queda que analizar en la resolución. Solamente diremos que el Tribunal provincial había desestimado la alegación referente a la nulidad provocada por la falta de notificación de la liquidación. Para ello se acogía al precepto del artículo 129, que estima notificadas las liquidaciones cuando se practican dentro de los ocho días siguientes a la presentación del documento, incluso cuando hay comprobación de valores y ésta se practica por capitalización del líquido imponible amillarado o por la renta líquida catastrada—arts. 84, 7.º, y 85, 3.º—; pero el Tribunal Central sale al paso de esta doctrina sustentando la regla general antes dicha, invocando al efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1925 que dice que el expediente de comprobación se notificará incluso cuando el dato comprobatorio se tome del Registro fiscal.

EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA LIQUIDAR EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES POR LA CANCELACIÓN DE HIPOTECA NO EMPIEZA A CORRER HASTA QUE SE OTORGA LA ESCRITURA O DOCUMENTO ACREDITATIVO DE LA CANCELACIÓN.

*Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1941.*

En 1864 se otorgó a favor del Ayuntamiento de Madrid escritura de constitución de hipoteca para responder por plazo de cincuenta años y por cantidad de 8.350.000 pesetas del servicio de alumbrado.

La Empresa hipotecante instó del Ayuntamiento que acordara la cancelación de la hipoteca y que se otorgase la correspondiente escritura, a lo que accedió la Corporación en 27 de noviembre de 1930, siendo autorizada la escritura de cancelación por fecha 28 de enero de 1931.

Esta escritura fué presentada a liquidación de Derechos reales a los pocos días, junto con una instancia en que se hacían constar todos los antecedentes del caso y, además, que no era necesaria la escritura de cancelación, conforme al artículo 82 de la ley Hipotecaria, siendo suficiente que el Ayuntamiento hubiera expedido certificación haciendo constar la terminación del contrato y que de él no se derivaron responsabilidades, cuyo documento es el auténtico a que aquel artículo se refiere; que a mayor abundamiento, se hacía la cancelación en escritura pública en la que dicho documento se inserta; que el artículo 143 del Reglamento del impuesto dispone que el derecho de la Administración a liquidar prescribe a los quince años contados desde el otorgamiento del documento o desde la existencia del acto; que el contrato tenía la duración de cincuenta años, que terminaron en junio de 1914, y como no se exigió ninguna responsabilidad, se extinguió la hipoteca de hecho y de derecho en dicha fecha; que para practicar la liquidación era solamente necesaria la existencia del acto, y que, en definitiva, desde el momento de la extinción habían transcurrido más de quince años, y, por lo mismo, la acción de la Administración para liquidar estaba prescrita.

La Oficina liquidadora, no obstante los antedichos alegatos, giró la oportuna liquidación por el concepto de cancelación de hipoteca, y tanto el Tribunal provincial Económico-Administrativo como el Cen-

tral mantuvieron la liquidación, que fué recurrida por el Ayuntamiento.

El Tribunal Supremo insiste en el mismo criterio, planteando primeramente la cuestión en el terreno del derecho hipotecario y después en el reglamentario fiscal.

Empieza por sentar que toda vez que las hipotecas sujetan directamente los bienes al cumplimiento de la obligación que garantizan, no ofrece duda que la cuestionada subsistió, en cuanto a tercero, mientras su inscripción no fué cancelada, y no podía dejar de surtir efectos hasta que se extinga por completo el derecho inscrito, siendo para ello necesario que en el Registro se presenten los títulos o documentos que acrediten la extinción.

Dice después que siendo indudable el derecho del Ayuntamiento para exigir las responsabilidades dimanantes del contrato garantizado, una vez terminado, aquéllas serían ilusorias si prevaleciese la tesis del recurrente, y por ello la Corporación municipal otorgó la escritura de cancelación de enero de 1931, cuando entendió que no existían tales responsabilidades: cuya escritura—sigue diciendo la sentencia de que nos ocupamos—es documento bastante para que la cancelación de la hipoteca tenga acceso al Registro de la Propiedad.

Expuestos los precedentes razonamientos de orden hipotecario, pasa el Tribunal a los de orden jurídico-fiscal con la invocación del artículo 142 del Reglamento para deducir que, según él, el plazo de prescripción de quince años se cuenta desde el otorgamiento del documento o desde la existencia del acto, según que sea necesario aquél o baste que el acto se produzca para que la liquidación pueda practicarse y el impuesto exigirse, y de ello deduce en definitiva que aquel plazo no empieza a contarse hasta que se otorgó la escritura de cancelación de enero de 1931 y no desde 1914, como la Corporación demandante pretendía para ampararse en la prescripción.

*Comentarios.*—Si dijéramos que estamos plenamente de acuerdo con la conclusión fiscal de la sentencia en cuanto estima improcedente la prescripción alegada, no abarcaríamos por entero nuestro pensamiento.

Nosotros entendemos que a esa conclusión del fallo se llega directamente, sin necesidad de los razonamientos de carácter hipotecario, con las normas del Reglamento del impuesto rectamente interpretadas.

De que la hipoteca viva en el Registro con relación a terceros mien-

tras no se cancele en forma adecuada y mientras el acreedor hipotecario no la dé por extinguida de manera fehaciente, o bien no lo declare así una ejecutoria judicial, nada se deduce en pro ni en contra de la prescripción para liquidar el impuesto. Tan es ello así, que si se diera el caso de que existieran esa ejecutoria o la escritura de cancelación y no se llevaran al Registro, es claro que en él continuaría viviendo la hipoteca con relación a terceros, y, sin embargo, no es menos claro que ambos documentos serían liquidables por el concepto de liquidación; por consiguiente, la supervivencia registral es completamente independiente del derecho de la Administración a exigir el impuesto; como lo es también de que el derecho de hipoteca llegue o no a inscribirse. Y ello por la razón poderosa de que las liquidaciones, tanto por constitución como por cancelación, son previas a las respectivas inscripciones, de tal manera que éstas no pueden nacer sin el marchamo de las liquidaciones correspondientes. Esto sin contar con que ambas liquidaciones podrían girarse cualquiera que sea la clase y forma del documento en que aquellos actos se hiciesen constar, puesto que así lo dispone con carácter general para todos los actos el artículo 41 del Reglamento, lo cual quiere decir que el acto liquidable es independiente de la forma del documento e independiente de la inscripción y previo a ella, y significa, por fin, que los razonamientos hipotecarios, aun siendo como son valederos en derecho registral, carecen de eficacia y de pertinencia para desnaturalizar la acción de prescripción del derecho a liquidar que el Ayuntamiento de Madrid alegaba.

Esa alegación queda absolutamente destruída con la invocación del texto del apartado 1.º del artículo 143 del Reglamento, hecha por la sentencia de que se trata, pero a condición de añadirle una consideración que el Tribunal silenció, sin duda dándola por sobreentendida.

El texto del precepto dice que el derecho a liquidar "prescribe a los quince años contados desde el otorgamiento del documento o la existencia del acto, según que sea necesario el primero o baste la existencia del segundo para que la liquidación se practique". Esa es la norma general, que hay que completar en cada caso determinando si el acto es liquidable por el mero hecho de existir o se requiere la exteriorización y constancia por escrito.

Esto supuesto, ¿la cancelación o extinción de hipoteca requiere, fiscalmente hablando, para ser liquidable, la forma escrita?

La solución nos la da el principio general que emana del artículo 48

del Reglamento al exigir siempre la forma escrita para los actos intervivos, de tal manera, que mientras esa forma no se dé, el derecho a liquidar no nace, ni nace, por consiguiente, el derecho correlativo del contribuyente a que esa liquidación se practique precisamente dentro de los quince años siguientes a su exteriorización escrita. El acto, pues, siempre que de actos intervivos se trate, no nace ni vive, a los efectos fiscales, y es prácticamente inexistente, mientras no se extiende el documento en que conste, el cual viene a constituir la partida de nacimiento.

Unido ahora este principio general reglamentario al texto del apartado 1.º del artículo 101, antes transcrito, tenemos ya el problema resuelto. La cancelación, como todo acto intervivos, requiere un documento que la exteriorice para ser afectado por el impuesto, y como ese documento no se otorgó hasta 1931, es indiscutible que, estuviere o no extinguida la hipoteca desde 1914, la prescripción tributaria no empezó a correr en 1914, sino en 1931, siguiendo la regla general y sin excepciones de los actos intervivos, a diferencia de los "mortis causa", en los cuales basta la mera existencia del hecho originario de la transmisión para que el impuesto sea exigible y también para que el plazo de los quince años para liquidar el impuesto empiece a contarse.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ VILLAMIL

Abogado del Estado y del I C de Madrid

## V A R I A

LUIGI FERRI: *L'esclusione testamentaria di eredi* (La exclusión testamentaria de herederos) en *Riv. di Dir. civile*; 1941-3, páginas 228-250.

Nuevamente vuelve a agitarse la cuestión por nosotros rápidamente discutida en REVISTA CRÍTICA (núm. 156) con motivo de un artículo del Registrador Sr. Ventura y del trabajo publicado por el Sr. Casso en la Revista de la Facultad de Derecho de Madrid.

Para los profesionales españoles que separamos la desheredación referente al heredero forzoso, en atención a su posibilidad, causas, forma, prueba y efectos, de la exclusión del presunto heredero legítimo, los campos aparecen tan deslindados que no acertamos a comprender las dudas de los autores italianos.

Por de pronto, Ferri cita la opinión de Luigi Ordine sobre una sentencia de hace medio siglo: "Nos parece que un testamento de exclusión encierra muchos elementos que lo hacen impugnabile. Ciertamente no debe ser un ánimo sereno el de quien ordena una disposición de última voluntad, limitándose a excluir un heredero. Alguna razón tendrá el testador, pero acaso se trate de un fugaz motivo o de un movimiento de ira." Siguiendo esta dirección y los postulados ético-jurídicos fascistas, hoy se ataca la doctrina hace poco tiempo dominante en Italia, que intentaba en todo caso ejecutar la voluntad del difunto y llegaba a fundamentar la sucesión en el supuesto de exclusión (por ejemplo, de un hermano) sobre la *institución implícita* de los que están en la misma categoría que el excluido. Veamos cómo configuraba Dusi esta afirmación:

"Se puede tener un testamento puramente negativo en el sentido



de que el testador se limita a excluir a determinado heredero legítimo (no legitimario), con lo que implícitamente se entiende que ha instituido a los otros herederos legítimos." Consecuencia inmediata del sistema sería la de que si el heredero implícitamente instituido no sucede por cualquier razón, el excluido fuere llamado a la herencia; pero, de un lado, Losana confiere al acto dispositivo, bien que hecho en forma negativa, el efecto de privar, en absoluto, del beneficio de la sucesión al excluido, y Bennetin y Vitalin sostienen que la exclusión expresa sobrevive a la caducidad de la institución que la acompaña. Las divergencias dentro de la doctrina dominante surgen al calificar la delación hereditaria de los *no excluidos* (o sea de los llamados implícitamente al excluir a una persona): según unos, suceden por testamento; según otros, abintestato; según algunos, por testamento y ley.

En el Derecho italiano moderno, como en el español (v. C. c., 912, 2.º), no hay inconveniente en admitir respecto de una misma herencia la posibilidad de que sea diferida por los dos títulos; pero debe tenerse presente que las leyes parecen referirse, cuando conceden esta concurrencia, a los bienes de que no se hubiese dispuesto, no a elementos patrimoniales idénticos (una casa).

Todavía nos confunde más el argumento que se maneja para denegar al testador la facultad de desheredar (excluir) al no legitimario, y que se apoya en las observaciones de Cieu sobre el carácter personal del título de heredero: "Negar al testador el poder de desheredar, no significa limitar la libertad de disponer en presencia de herederos sin derecho a legítima reserva. Frente a éstos el derecho de disponer es ilimitado, y el testador, libre de dejar a quien le plazca sus bienes; pero el poder de desheredar no entra en el concepto de disposición de bienes, es de otra naturaleza, porque influye sobre la capacidad de las personas y sólo indirectamente sobre el destino del patrimonio hereditario. El que deshereda quita a alguien la posibilidad de llegar a ser heredero por disposición de la Ley. La aptitud para *devenir* heredero es un elemento de capacidad del sujeto. La aptitud para ser heredero de una persona determinada a quien nos unen vínculos de parentesco, es un elemento del estado de familia, esto es, de la posición jurídica que el miembro reviste en el agregado familiar. Pero el estado y la capacidad de las personas están completamente sustraídos a la disponibilidad de los particulares, porque son materias de orden público. Se necesitaría una dis-

posición expresa de la Ley para investir a los testadores del poder de desheredar."

"En conclusión—dice Ferri—, me parece que existen razones históricas y dogmáticas para no conceder eficacia a una voluntad meramente negativa de desheredación." "Esta ineficacia subsistiría aun cuando se hubiese declarado la causa de la desheredación y fuese seria y grave, pero sin entrar en ninguno de los casos de exclusión previstos por el artículo 8.º del libro de las sucesiones del nuevo Código" (v. 756 C. c.).

La doctrina española, más aproximada a la francesa *de interpretación* que a la fascista moderna, puede ser condensada del siguiente modo:

1.º No se puede *cortar la vena*, es decir, romper testamentariamente los vínculos de parentesco; pero como la sucesión abintestato se halla subordinada a la voluntad del causante, basta con que éste contradiga la presunción de llamamiento a favor de uno o varios parientes, para que el derecho de éstos a recoger los bienes hereditarios quede sin efecto.

2.º La exclusión de un hermano, tío o primo, no siempre será debida a motivos inconfesables (venganza, envidia, ira), pues habrá muchos casos en que esté justificada (mejor situación económica, vocación, celibato, expatriación o condena del excluido).

3.º Para resolver los problemas relativos a la *rehabilitación* del excluido, por muerte, repudiación, incapacidad o indignidad del instituido, habrá que interpretar el testamento (art. 675 del C. c.) y poner en claro si se trata de una simple preferencia, de una condición o de una sustitución implícita.

4.º Puesto que los elementos reales u objetivos no están a merced del testador, el excluido seguirá siendo pariente, capaz para heredar, no incurso en indignidad y propiamente no desheredado. Sólo que el llamamiento a la herencia deberá ser hecho con arreglo a las disposiciones testamentarias. Por eso creemos que no son aplicables, si la Ley no determina lo contrario, los arts. 757, 760, 761, 762, 856, 857 y concordantes del Código civil.

5.º La interpretación de las cláusulas de exclusión debe ser, en consecuencia, restrictiva, aunque, dado el carácter absoluto de la negación, la mayoría de las cláusulas comprenderán lo mismo la delación testamentaria que la legítima. Sin embargo, el hermano instituido con otro en un primer testamento que es excluido posteriormente, podría, según los términos empleados, suceder abintestato.

6.º Por las mismas razones hay que desechar las presunciones de exclusión (1) apoyadas en frases ambiguas (dejo a mi prima A. únicamente los bienes inmuebles, sitios en Asturias), instituciones deficientes (nombro a mi mujer heredera en usufructo de un quinto de mis bienes) o previsiones incompletas (por ejemplo, si no se tiene en cuenta la sucesión intestada).

7.º Hasta qué punto ha de influir la exclusión sobre otras relaciones familiares o sociales que se tienen en cuenta para el nombramiento de tutores, protutores, vocales del consejo de familia o defensores judiciales, depende de la existencia de una causa de incompatibilidad más que del hecho mismo de la exclusión.

8.º Aunque la disposición de carácter negativo no entre en la especie de definición legal del art. 667 del Código civil, no nos atrevemos a negar la calificación de testamento al documento solemne en que aparezca únicamente esa manifestación de voluntad.

VICTOR EHRENBURG: *El reaseguro*.—Editorial *Revista Derecho Privado*. Traducción de J. M. Navas 1941.

La *Revista de Derecho Privado* ha tenido el acierto de publicar, en versión española, esta antigua monografía alemana, que todavía ocupa lugar destacado en la literatura jurídica del reaseguro. Esa rara virtud de pervivencia es la prueba más clara del valor de la obra. Con los escasos elementos de una industria reaseguradora incipiente y una legislación fragmentaria, y sin el apoyo de una jurisprudencia abundante, el agudo talento de Víctor Ehrenberg, figura señera en el campo del Derecho alemán de seguros, supo construir en 1885 una obra que medio siglo más tarde, en esta época de internacionalización de los riesgos y de concentración de las empresas, aún puede ser consultada con evidente fruto.

La primera mitad del libro está consagrada al estudio de los problemas generales del reaseguro: definición, principios fundamentales, clases, naturaleza jurídica y relación entre el seguro principal y el reaseguro (2).

(1) Véanse las observaciones al estudio citado del Sr. Ventura

(2) El reaseguro se define como el contrato por el cual un asegurador se asegura a su vez contra el riesgo de la obligación de indemnizar que ha asumido por el contrato de seguro.

El fin es proteger al reasegurado contra las consecuencias de la obligación de indemnizar que asumió como asegurador. Esto imprime a la institución los caracteres de un seguro de responsabilidad y no los de un nuevo seguro sobre la misma cosa. Sienta así Ehrenberg acaso la tesis central de su concepción del reaseguro, desarrollada ampliamente algunos años más tarde en otra monografía (*Das künftige Rückversicherungsrecht*, Berlín, 1908), en la que configura al contrato como una especie (seguro de responsabilidad) del seguro contra daños y rebato, con mano maestra, los argumentos de quienes niegan al reaseguro ese carácter fundándose en que la prestación del asegurador es sencillamente la obligación de cumplir el contrato y no puede considerarse *daño* en sentido jurídico. Como principios fundamentales del sistema jurídico del reaseguro, se señalan estos dos: a), el reasegurado funciona, en relación con el riesgo común a soportar, como gestor de negocios de sus reaseguradores, y b), el reasegurado está obligado a conservar, por propia cuenta, una cuota del riesgo.

Traza luego el autor una fina separación entre el reaseguro general y el especial, haciendo una cuidadosa exposición de tipos contractuales, para entrar, acto seguido, a examinar el problema de la naturaleza jurídica de la institución. El estudio de esta materia se justifica por las repercusiones que el adoptar una u otra posición puede traer, especialmente en orden a la prescripción y a los efectos de la insolvencia del asegurado. Combate Ehrenberg con multitud de argumentos la posición entonces dominante, que veía en el reaseguro un contrato de sociedad, señalando como error fundamental de esta concepción el confundir el fin económico y la configuración jurídica del contrato. A través de ese examen llega a la conclusión de que lo mismo el reaseguro especial que el general son verdaderos contratos de seguro distintos del contrato principal que se reasegura. Surge así inmediatamente el problema de la relación entre el seguro principal y el reaseguro, cuestión que es considerada estudiando estos tres aspectos: primero, si nacen derechos y obligaciones entre los asegurados por el seguro principal y el reasegurador; segundo, si los derechos y obligaciones del seguro principal quedan influidos por el contrato de reaseguro, y, finalmente, si éste, por el contrario, depende en su contenido del seguro principal. Los dos primeros problemas se resuelven fácilmente en sentido negativo. El tercero es objeto de detenido estudio, pues si la dependencia entre reaseguro y seguro principal es cosa clara, la *medida* de esa de-

pendencia plantea dificultades que no pueden resolverse con una fórmula única y general.

El resto del libro está dedicado a estudiar las obligaciones del reasegurado y del reasegurador y la extinción del contrato, planteando con todo detalle una gama de interesantes problemas que no podemos siquiera apuntar en la obligada brevedad de estas notas. Baste indicar que en esa parte brilla a gran altura el sentido práctico que informa toda la obra jurídica de Ehrenberg, maestro del método experimental y del sistema del "caso por caso".

Este es, a grandes rasgos, el esquema de una obra cuya lectura ha de ser tan provechosa para el jurista como para quien viva en cualquier otro aspecto los problemas del seguro.

Para terminar, es de justicia destacar la labor del traductor, J. M. Navas, que, además de ofrecer al lector una versión española limpia y precisa, añade a la obra un valioso prólogo en el que se recogen las modalidades más destacadas que en la práctica moderna adopta el contrato de reaseguro.

MANUEL DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español*. Tomo I (*Revisita de Derecho Privado*, Madrid, 1942, 582 págs.).

La ciencia procesal española no tiene motivos de queja. En poco tiempo han hecho su aparición en el campo de batalla los *Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense*, de Bellón Gómez (Madrid, Editora Nacional, 1941, tres volúmenes), la *Exposición del Derecho procesal civil de España*, de Prieto Castro (Zaragoza, 1941, tomo I (véase REVISTA CRÍTICA, 1941, págs. 311 a 316) y el libro que tenemos a la vista: *Derecho procesal civil español*, de Manuel de la Plaza, cuyo éxito ha sido tal, que el segundo tomo, que todavía no ha sido publicado, ya ha desplazado en la Universidad de Madrid el libro de Menéndez Pidal, *Elementos de Derecho procesal civil español* (Madrid, Reus, 1937), puesto que el *Programa de Derecho procesal*, curso segundo, del Sr. Apalategui, que acaba de salir a la luz, recomienda la obra "nascitura" del ilustre Magistrado del Tribunal Supremo. No dejemos pasar la ocasión sin hacer profesión de fe de que el estudio del Sr. Menéndez Pidal es acreedor de toda clase de elogios por haber sido la primera obra sistemática que reúne espíritu científico con fina observación de la práctica judicial.

El tomo primero abarca la Parte general. El libro primero, el proceso y el Derecho procesal civil, consta de tres capítulos. El primer capítulo trata del proceso civil, de los fines del proceso civil y de la relación jurídicoprocesal. Nos parece acertado que el autor distinga entre el fin ideal del proceso y su fin práctico: el primero consiste en el restablecimiento del Derecho; el segundo, en el logro de la cosa juzgada. El segundo capítulo aborda la naturaleza y concepto del Derecho procesal civil, concibiendo el Derecho procesal como Derecho público, la sistemática y las fuentes del Derecho procesal civil. El tercer capítulo contiene las fases históricas del proceso y describe detalladamente, sobre todo, la historia del Derecho procesal español. El segundo libro analiza la acción y los sujetos de la relación jurídicoprocesal. Sea dicho de paso tan sólo que La Plaza es partidario de la teoría de la relación procesal y que rechaza la tesis de la situación jurídica. El primer capítulo estudia el concepto fundamental de la acción. El capítulo segundo se ocupa de los sujetos de la relación jurídica procesal (la jurisdicción, organización de los Tribunales, las partes). Al abordar las partes, La Plaza expone el problema de la pluralidad de las partes y el de la sucesión en el proceso. El libro tercero se intitula: teoría general del proceso civil, y consta de diez capítulos: los principios básicos del proceso, la constitución de la relación procesal, desenvolvimiento de la relación procesal, las vicisitudes de la relación procesal, los actos procesales, la prueba (dos capítulos), el fin de la relación procesal, los gastos del proceso y la impugnación de las resoluciones judiciales.

El libro del Sr. La Plaza revela en todas partes una dominación soberana del Derecho procesal español e italiano, así como de la historia del Derecho procesal español. Cada capítulo, posee una nota bibliográfica introductora. En el texto descuellan numerosas citas de sentencias del Tribunal Supremo. La exposición de las diferentes teorías demuestra una magistral claridad y transparencia. Precisamente, todas estas cualidades de la obra del insigne magistrado nos hacen desear que el segundo tomo, sin que por ello se borren los confines entre una obra doctrinal y un comentario, contenga mayor abundancia de detalles problemáticos del Derecho positivo. Por lo demás, repetimos que los juristas españoles darán las gracias al Sr. La Plaza y la enhorabuena a la ciencia española del Derecho procesal.

ERICH FECHNER. *Die Treubindungen des Aktionärs* (Los deberes de fidelidad del accionista). (Weimar, Verlag Hermann Böhlaus Nachfolger, 1942, 106 págs.)

Este inteligente estudio, dedicado al prestigioso mercantilista Rauch (v. 'REVISTA CRÍTICA, 1941, págs. 41 a 45), constituye la *Habilitationsschrift* del autor, es decir, un libro que le confiere el derecho a dar cursos de Derecho mercantil en la Universidad de Bonn. La obra consta de dos partes: la primera trata del papel que en el Derecho desempeña la fidelidad; la segunda analiza las obligaciones de fidelidad que incumben al accionista. La fidelidad pertenece a la moral, y, por ende, se plantea el célebre problema de las relaciones entre Derecho y moral. Gierke creía que el Derecho y la moral forman dos círculos secantes; Süss opina que se trata de dos círculos concéntricos, representando el Derecho el círculo interior; Fechner, finalmente, mantiene la tesis de que nos hallamos con dos elipses que poseen un foco común. En efecto, la imagen de Gierke no expresa lo esencial de las relaciones y las deja aparecer más bien como algo casual y accesorio. La teoría de Süss está en abierta contradicción con el Derecho positivo, en el que existen, sin duda, numerosos preceptos que no tienen nada que ver con la moral. Sólo el símil de la elipse nos da la impresión exacta de la concatenación de ambas nociones. La fidelidad está domiciliada en el foco común, perteneciente tanto al Derecho como a la moral. De ahí resulta que, por un lado, no hace falta una relación jurídica para que la fidelidad desempeñe un papel, sino que basta una relación vital; por otro lado, que debe haber una relación entre hombres, puesto que sólo a hombres se debe fidelidad, con lo cual eliminamos a las personas jurídicas como posibles acreedores de un derecho a fidelidad. Múltiples son las funciones de la fidelidad. Su función principal consiste en *standum est chartae*, en la fidelidad a la palabra empeñada. Al lado de esta función principal se encuentran numerosas funciones de segunda fila. Mencionemos las siguientes: 1.ª El principio de fidelidad sirve para la interpretación supletoria y modificadora (no sólo en la hipótesis de una voluntad dudosa, sino aun en la de una voluntad contraria). 2.ª El aludido principio estructura la clase y la modalidad de la prestación. Tiende, sobre todo, hacia la modificación del contenido de la prestación, aliviando o ampliándolo. 3.ª El principio de fidelidad engendra y cancela derechos jurídicos subjetivos y limita las facultades jurídicas.

4.<sup>a</sup> También influencia la fidelidad el Derecho objetivo, modificando o derogándolo. Los *deberes de fidelidad de los accionistas* encuentran dificultades por hallarse éstos incorporados a una persona jurídica, la sociedad anónima, frente a la que no pueden existir, según lo que precede, deberes de fidelidad. Pero aun los deberes de fidelidad de los accionistas entre sí chocan con obstáculos. Wieland los funda en el carácter de la sociedad anónima como sociedad de Derecho civil, carácter que Fechner niega. Dorpalen busca como base la presociedad existente antes de la fundación de la sociedad anónima. Klausning, haciendo de la cuestión supuesto, establece sencillamente el papel del accionista como de un fideicomitente. Otras teorías (Siebert, etc.) descansan sobre la sociedad social y sus vinculaciones personalistas; y otras, finalmente, sobre la comunidad del pueblo y las limitaciones intrínsecas del derecho (Bergmann, Danielcik). Fechner rechaza todas estas opiniones. Según su criterio, los deberes de fidelidad estriban en la empresa, con la cual nos encontramos después de superar lo abstracto de la persona jurídica. El deber de fidelidad existe entre accionistas y empresa y protege ésta como unidad real contra transgresiones de los accionistas. En cambio, no existen deberes de fidelidad entre los accionistas.

El libro de Fechner es documentado, conciso y atrayente, y no dejará de producir en España el interés de que es acreedor tanto el libro como su tema.

LA REDACCIÓN.