

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVIII

Mayo de 1942

Núm. 168

La ejecución procesal en la ley Hipotecaria (*)

V.

EL PROCEDIMIENTO

1. Iniciación: *a)* La demanda; *b)* Su examen por el Juez y trámites ulteriores

El último de los apartados del presente estudio se dedica al análisis del procedimiento en su estricto sentido, es decir, del orden de trámites en que se desarrolla el proceso de ejecución regulado por la ley Hipotecaria. En este punto, las soluciones y criterios apuntados en la exposición anterior podrán servirnos de guía eficaz para la comprensión de los preceptos legales.

El núcleo esencial de las actuaciones que en un proceso de ejecución se realizan consiste, sin duda, en la *expropiación* de los bienes del deudor y su *entrega* al acreedor. Esta es también la fase principal en la ejecución hipotecaria, pero *antes* de llegar a ella y *con posterioridad* a la misma pueden señalarse otros trámites que es forzoso analizar. Hay, pues, un período de *iniciación* a la expropiación de los bienes del deudor, otro constituido por la *expropiación* propiamente dicha, otro, finalmente, por la *extinción* de las obligaciones pendientes y del procedimiento mismo.

1. El período de *iniciación* comprende los trámites siguientes:

(*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

A) presentación de la demanda; *B)* requerimiento de pago y petición de documentos; *C)* notificación del procedimiento a las partes e interesados (1). En la práctica, cada una de estas actuaciones no necesita tener una efectiva e independiente realización; así, el requerimiento de pago puede haberse hecho con anterioridad a la presentación de la demanda; en otros casos, no será forzoso notificar por no existir ninguna persona en las condiciones marcadas por la ley, etc. A su vez, dentro de este periodo cabe como un nuevo trámite la petición y concesión al acreedor de la administración interina de la finca a que alude la regla 6.^a del art. 131, que se indicará en su lugar oportuno.

A. Según la regla 2.^a del art. 131, “se iniciará el procedimiento por un escrito enumerando los hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y de la competencia del Juzgado y precisando la cuantía de la reclamación”. Con referencia a este escrito y a su presentación, primero de los trámites que integran el llamado procedimiento judicial sumario, indicaremos su: concepto y naturaleza jurídica, forma, contenido, documentos que deben acompañarlo y efectos.

a) Como se deduce del precepto últimamente citado, se trata de una petición que se presenta ante el órgano jurisdiccional con la que se reclama de éste una determinada actividad, es decir, que se formula una *pretensión* o, desde otro punto de vista doctrinal, se *ejercita una acción*. No es dudoso, por tanto, que la naturaleza jurídica del acto es la de una auténtica *demand* (2). Ciertamente que el texto de la ley evita el empleo de esta palabra (3); pero la omisión se debe a una construcción equivocada de la figura jurídica de la *demand*. Se pensó, en efecto, que el hacer del “escrito inicial” una “*demand*” suponía convertir el “procedimiento judicial sumario” en un “juicio”, cuando querían subrayarse precisamente las esenciales diferencias que existen entre él y los “juicios” propiamente dichos—declarativos o ejecutivos—. Pero una vez aclarada la verdadera naturaleza del proceso que se examina: proceso de ejecución, no hay peligro ninguno en llamar

(1) V lo dicho supra.

(2) Según la opinión dominante en torno a este concepto. Demanda es, por ejemplo, para Frieto Castro (ob. cit. pág. 201) “el acto procesal escrito de la parte actora, en el cual ejerce la acción procesal, solicitando del Tribunal un acto de tutela jurídica frente al demandado”.

(3) Y de ello se han pretendido deducir erróneas consecuencias terminológicas para la calificación del procedimiento que estudiamos.

también *demanda* al acto que inicia un proceso de esta clase. El "escrito" a que alude la regla segunda del art. 131 es, por tanto, una *demanda* (1) verdadera, que si se quiere, para mayor claridad, puede calificarse como *demanda de ejecución*.

b) En cuanto a la forma, el precepto que comentamos exige expresamente la *escrita*. No se deriva la exigencia de la necesidad de utilizar un título ejecutivo que normalmente va incorporado a un *documento*, puesto que la presentación de dicho título pudiera ir acompañada de una petición oral al Juez. Debe verse en esto una manifestación de un principio vigente en general en nuestro Derecho, que prescribe la forma escrita para actuaciones análogas a las que ahora se analizan; así, en los tipos de proceso regulados por la ley de Enjuiciamiento civil, la demanda se presenta siempre por escrito, e incluso en los llamados juicios verbales, donde la oralidad juega un papel de suma importancia, existe la papeleta de demanda (2), donde se hacen constar por escrito igualmente, los datos que integran la reclamación.

c) Más dificultades ofrece la determinación del *contenido* del escrito que inicia la ejecución hipotecaria. La regla 2.^a del art. 131 es insuficiente a este respecto y se hace preciso completarla con lo prescrito para las demandas ordinarias en el art. 524 de la ley de Enjuiciamiento civil y con una interpretación supletoria de las lagunas de ambas disposiciones.

En vista de ello, podemos afirmar que la demanda ejecutiva debe contener la *petición* que ante el órgano jurisdiccional se hace valer y su *fundamento*, abarcando los siguientes datos (3):

1.^o Por lo que respecta a la petición propiamente dicha, el escrito ha de indicar:

a') La persona *que pide*. No es éste un requisito recogido en la regla 2.^a del art. 131 ni en el 524 de la ley de Enjuiciamiento civil; pero se trata de una exigencia lógica difícilmente discutible, cuya omisión en el derecho positivo se debe, sin duda, a haberla creido innecesaria.

b') La persona *contra quien se pide* la ejecución, es decir, la de-

(1) En el mismo sentido, Manresa (ob. y tomo cits., pág. 706) y Morell (obra y tomo cits., pág. 109).

(2) Art. 720: "La demanda se interpondrá en una papeleta extendida en papel común", etc.

(3) La distinción entre *petición* y *fundamento* como elementos de la *pretensión* podemos considerarla hoy ya como admitida lo mismo en la doctrina alemana ("*klageantrag*" y "*klaggrund*") que en la italiana ("*pretesa*" y "*ragione*").

signación del deudor, por aplicación de lo dispuesto en el art. 524, párrafo 1.º, i. f., de la ley de Enjuiciamiento. Ya antes hemos visto las dificultades que existían para llegar a una determinación precisa de quien era la parte o deudor en el procedimiento hipotecario; recogiendo lo que allí se expuso, podemos decir ahora que como parte demandada, debe figurar, en primer término, el *obligado personalmente* al pago de la cantidad que la hipoteca garantiza; pero también el *dueño de los bienes*, aunque se trate de persona distinta de dicho deudor personal: v. gr., tercer poseedor, hipotecante no deudor, puesto que a ellos debe extenderse el requerimiento de pago (notarial o judicial) (1).

c') El órgano jurisdiccional *ante quien* se presenta la demanda. Basta aquí, como en otros casos, una invocación de tipo genérico ("Al Juzgado"); pero no hay que olvidar que en el cuerpo de la demanda debe figurar la designación completa del Juzgado que se estima como competente y, como más adelante veremos, la razón de esa designación.

d') La fijación "clara y precisa" de *lo que se pide*, exigencia en que coinciden el art. 524 de la ley de Enjuiciamiento ("se fijará con claridad y precisión lo que se pida") y la regla 2.ª del art. 131 de la ley Hipotecaria ("precisando la cuestión de reclamación"). *Cualitativamente* la petición es siempre la misma = solicitud de ejecución sobre determinados *bienes hipotecados* para la satisfacción de *un crédito de dinero*: ello explica que no sea necesario (según la ley Hipotecaria) fijar la naturaleza de dicha pretensión (2): *cuantitativamente*, por el contrario, la reclamación del acreedor puede ser muy varia; de aquí que se especifique el requisito de la determinación de la *cuantía*.

2.º En lo que toca al *fundamento* de la pretensión, hay que hacer constar: los *hechos* y los *fundamentos de derecho* que justifican la reclamación del acreedor; unos y otros deberán acreditar que el derecho *ha nacido* efectivamente, que no se ha *producido ninguna* causa de extinción y que ha llegado a su *término natural* de vencimiento. A estas tres etapas que integran la vida del crédito, necesarias para que pueda considerársele como perfecto, alude la regla 2.ª del art. 131 cuando pide que se enumeren "los hechos y las razones jurídicas determinan-

(1) Claro está que, por lo que respecta al tercer poseedor, únicamente se designará en la demanda ejecutiva, cuando haya "acreditado al acreedor la adquisición del inmueble", según se deduce de la regla 3.ª, núm. 3º del art. 131.

(2) El art. 524 habla, por el contrario, de fijar *lo que se pide* (no meramente la cuantía); añade que debe expresarse "la clase de acción cuando por ella haya de determinarse la competencia", problema que no se presenta en la ejecución hipotecaria.

tes de la *certeza, subsistencia y exigibilidad* del crédito". Menos expreso en cuanto al fondo de esta parte de la pretensión, el art. 524 de la ley de Enjuiciamiento se limita a exigir sin más los hechos y los fundamentos de derecho (1). Entre la expresión de la ley Hipotecaria: "razones jurídicas" y la de la procesal común: "fundamentos de derecho", esta última parece preferible, aunque no es dudoso que ambas aluden a un mismo concepto: la invocación de las normas jurídicas que, a juicio del acreedor, ligan al supuesto de hecho declarado por él unas determinadas consecuencias jurídicas que se reclaman.

Hasta aquí lo que podemos considerar como contenido fundamental de la demanda que inicia la ejecución hipotecaria. Pueden existir, no obstante, pretensiones accesorias que integran asimismo dicho contenido: así,

1.º La petición de que del producto de los bienes sobre que recae la ejecución se sufraguen los gastos a que el procedimiento dé lugar. Ahora bien, hay que tener presente qué los bienes hipotecados sólo garantizan el pago de las costas en tanto y hasta el límite que se haya pactado y conste en la escritura (2). Esta regla, que está en contradicción con lo dispuesto en el art. 1.520 de la ley de Enjuiciamiento civil (3), es, sin embargo, la que debe prevalecer si no se quiere disminuir indebidamente la garantía de los titulares de un derecho puesto a la hipoteca que se ejecutaba, y que contaron en el momento de conceder su crédito con el conocimiento *exacto* de las responsabilidades pecuniarias que en el Registro aparecían.

2.º La petición de que el Juez solicite a su vez del Registro de la Propiedad la certificación a que se refiere el párrafo 2.º de la regla 4.ª del art. 131, aunque esta petición (necesaria, porque como veremos luego, no puede el órgano jurisdiccional solicitarla de oficio) cabe hacerla más tarde, después de que la demanda sea admitida.

Ambas pretensiones accesorias se indicarán con carácter de tales en el escrito; es decir, dado el arcaico formulismo vigente aún en este punto, por medio de "otrosíes" (4).

(1) La regla 2.ª del art. 131 requiere también "los hechos y las razones jurídicas determinantes de... la competencia del Juzgado".

(2) Jerónimo González: *Prelación de costas procesales*, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, enero de 1926

(3) Art. 1.520: "Sin estar reintegrado completamente el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de *todas las costas de la ejecución*, no podrán aplicársele las sumas realizadas a ningún otro objeto", etc.

(4) Así por lo que respecta al núm. 2.º, Morell, ob. cit. pág. 172.

Si comparamos el contenido de la demanda tal como hasta ahora se ha examinado con el de la *demandas ordinaria*, veremos que no existen entre una y otra diferencias esenciales; en cambio, en la comparación que se haga con la *demandas ejecutiva* (1), notaremos, no obstante, una omisión de importancia: la de la llamada *protesta de abonar pagos legítimos*.

Según el art. 1.439 de la ley de Enjuiciamiento civil, en efecto, "la demanda ejecutiva se formulará en los términos prevenidos para la ordinaria en el art. 524 y contendrá además la protesta de abonar pagos legítimos". Pero esta "protesta", reducida a una mera fórmula que se inserta en el escrito, carece ya de objeto, hoy que la penalidad del duplo impuesta por nuestra legislación histórica en los casos de "plus petitio" ha desaparecido (2); el hecho de que no se requiera en el escrito inicial de la ejecución hipotecaria constituye la supresión de una formalidad inútil, cuya eliminación debe merecer, por tanto, una crítica favorable, como la que en general le ha dispensado la doctrina (3).

d) Y llegamos con esto al estudio de los *documentos* que deben acompañar a la demanda que inicia un proceso de ejecución hipotecaria (4). Debemos distinguir aquí tres hipótesis según que se trate de una hipoteca ordinaria, de una hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito y de una hipoteca en garantía de títulos nominativos y al portador.

a') En los casos ordinarios, la regla 3.^a del art. 131 determina los documentos que el actor debe presentar con su escrito; ellos son:

"1.^o Los *comprobantes de la personalidad*, incluso los que acreditan el mandato del Procurador cuando no gestione por sí mismo el acreedor o quien por ministerio de la ley le represente.

2.^o El *título o títulos de crédito*, revestido de los requisitos que la ley de Enjuiciamiento civil exige para despachar la ejecución. Si no pudiese presentarse el mismo título inscrito, deberá acompañarse con

(1) Que no es propiamente una demanda de ejecución; v. supra.

(2) Con alguna excepción, como la del art. 8.^o de la ley de Enjuiciamiento, que, sin embargo, tampoco exige dicha protesta.

(3) V. "ad exemplum" Béraud y Lezon, ob. y loc. cits.

(4) Aparte de ello, la demanda se debe presentar en unión de las *copias* de la misma necesarias (arts. 515 y 1.439, párrafo 2.^o de la ley de Enjuiciamiento), aunque en este tipo de proceso no haya que *emplazar* a parte alguna ni que "citar de remate" al deudor.

el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

3.º Acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con diez días de antelación, cuando menos, al deudor, y también al tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble."

En primer término, este orden de documentos difiere del señalado con carácter general en los arts. 503 y 504 de la ley de Enjuiciamiento. Según dichos preceptos, a toda demanda o contestación deberá acompañarse: 1.º, el poder del procurador; 2.º, el documento o documentos que acrediten el carácter del litigante en el caso de ser representante legal o de haber adquirido de otro el derecho que reclama; 3.º, la certificación del acto de conciliación (extracto del art. 503). También, a tenor del 504, el documento o documentos en que funde su derecho.

Pero las diferencias que se observan entre los preceptos recién expuestos y la regla 3.ª del art. 131 de la ley Hipotecaria pueden explicarse fácilmente. Para intentarlo, observemos que la lista de documentos que contienen una y otra serie de normas pertenecen a tres categorías fundamentales según que traten de justificar presupuestos referentes a las partes, al objeto del proceso o a algún trámite de cumplimiento previo indispensable.

a") Entre los primeros se cuentan aquellos que sirven para acreditar las condiciones que en el demandante deben concurrir. Como sabemos técnicamente podemos incluir en ellas: la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la legitimación en causa y la facultad de postulación. Nuestra ley de Enjuiciamiento, no obstante, no conoce esta terminología y habla de "personalidad" y a veces de "carácter" sin dar un significado preciso a cada una de dichas denominaciones.

La misma vaguedad de términos se encuentra en las disposiciones que analizamos ahora. Ciertamente el art. 131, regla 3.ª de la ley Hipotecaria parece más amplio que el 503 de la ley de Enjuiciamiento, porque aquél alude a "los comprobantes de la personalidad" sin más y éste tan sólo a la "personalidad del Procurador" (núm. 1) y al "carácter del litigante" (núm. 2), expresión en que se engloba aquí una hipótesis de representación legal y otra de legitimación propiamente dicha.

Pero ¿qué debemos entender a los efectos de la ley Hipotecaria por "comprobantes de la personalidad"? ¿La justificación de la capacidad para ser parte, de la capacidad procesal, de la legitimación y del poder

de postulación o solamente estos dos últimos conceptos? (1). Creemos lo segundo y así la frase "comprobación de la personalidad" se reduce en esta hipótesis: 1.º, a la justificación de la representación legal que puede ostentar el actor; 2.º, a la de su legitimación propiamente dicha (carácter); 3.º, a la de la facultad de postulación si actúa por medio de Procurador. En definitiva, no difiere, por tanto, el régimen de la ley procesal del marcado en el texto hipotecario (2).

b") A la justificación documental de la pretensión se refiere la exigencia del art. 504, párrafo 1.º de la ley de Enjuiciamiento civil cuando pide "el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho". Es natural que el precepto correspondiente de la ley Hipotecaria sea mucho más concreto, puesto que aquí el documento en cuestión no puede ser sino el título siempre de naturaleza documental que constituye el derecho del ejecutante: "el título o títulos del crédito, revestido de los requisitos que la ley de Enjuiciamiento civil exige para despachar la ejecución". La regla 3.ª permite, no obstante, sustituir el título por otro documento que justifique igualmente la pretensión del acreedor: "si no pudiese presentarse el mismo título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca".

c") Por último, con respecto al cumplimiento de otros trámites con anterioridad a la demanda, el núm. 3 del art. 503 de la ley de Enjuiciamiento civil exige la certificación del acto de conciliación, pero sólo en los casos en que es requisito indispensable para entrar en el juicio. Ahora bien, ello no ocurre en la hipótesis de procesos de ejecución, y es, por tanto, lógico que el art. 131 de la ley Hipotecaria guarde silencio sobre este punto.

En cambio es precisa en la forma de ejecución hipotecaria la presentación del acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con diez días de antelación, cuando menos, al deudor y también al tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble (núm. 3 de la regla 3.ª del artículo 131). Este requisito no constituye un verdadero acto proce-

(1) Más el de representación legal al que la ley alude expresamente.

(2) En cuanto a la justificación de la representación legal creemos con Manresa, en contra de Morell, que ello obliga a la aportación de los documentos que la acreditan (partida de casamiento, nombramiento de tutor, etc.) y que no basta con que dichas circunstancias se hayan consignado en la escritura de constitución de la hipoteca: la regla 3.ª del art. 131 separa en sus números 1 y 2 una y otra clase de justificación.

sal (1), carácter que tiene sólo la aportación de los documentos que lo justifiquen; pero por las repercusiones que dentro del procedimiento origina, indicaremos muy brevemente sus requisitos.

La intimación que el acreedor ejecutante dirige a las personas que deben soportar la ejecución sobre sus bienes está sometida a determinadas condiciones que hacen referencia a las personas, la forma, el tiempo y el lugar.

a'') No tiene dificultad la determinación del *requerente*, pero sí de quienes han de ser los sujetos *requeridos*: según el núm. 3 que analizamos, el deudor y también el tercer poseedor de la finca cuando haya acreditado al acreedor la adquisición del inmueble. Pero esta norma es demasiado estrecha, porque deja fuera de ella otras posibles partes en el procedimiento (2) que deben ser requeridas: el tercer poseedor en todo caso y no meramente en la hipótesis señalada por la ley (3) y el hipotecante de los bienes distintos del deudor.

Por otra parte, no hay que confundir el *destinatario efectivo* del requerimiento con aquellos a quienes puede *dirigirse* en caso de no encontrarse al deudor; ellos son el "pariente más cercano, familiar o criado, mayor de catorce años, que se hallare en la habitación del que hubiese de ser notificado, y si no se encontrase a nadie en ella, el vecino más próximo que fuese habido (art. 268 de la ley de Enjuiciamiento civil al que se remite expresamente el último párrafo de la regla 3.^a del art. 131)" (4).

b'') La *forma* del requerimiento es, como se indica en la ley expresamente, la de un acta notarial. Los requisitos de orden formal se determinan, pues, por la legislación de este carácter, concretamente la sección 3.^a, epígrafe a) (actas de presencia), capítulo II, título IV del reglamento de la organización y régimen del Notariado de 8 de agosto de 1935, arts. 199 a 206.

c'') En cuanto al *tiempo*, la ley fija tan sólo un límite *mínimo* de diez días que constituye el plazo de pago concedido en esta hipótesis al deudor, y, por último,

(1) De otro modo en el caso del requerimiento judicial que se indica en la regla 4.^a.

(2) Vease supra, págs. 110 y siguientes.

(3) Morell, ob. y tomo cits., pag. 111.

(4) "El requerimiento deberá haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente si se encontrase en él el deudor o el tercer poseedor que haya de ser requerido, o bien las personas que expresa el art. 268 de la ley de Enjuiciamiento civil por el orden establecido en el mismo."

d'') El *lugar* será el domicilio que resulte vigente en el Registro (último párrafo de la regla 3.^a antes citada), no el que conste en la escritura de constitución de la hipoteca, porque éste, como sabemos, puede variar si la variación se sujeta a determinadas condiciones (1).

Conocido ya el régimen general del requerimiento, pasemos a indicar sus efectos; interesa particularmente saber las consecuencias de su omisión.

El lenguaje imperativo que emplea la regla 3.^a del art. 131 ("presentará el actor") y la prescripción que contiene la regla siguiente en el último párrafo ("si los requisitos legales no se hubiesen cumplido, el Juez denegará la admisión del escrito y documentos, etc.") hacen pensar, en un análisis "prima facie" del problema, que la aportación del acta notarial de requerimiento constituye una condición inexcusable para que el procedimiento siga su curso. Sin embargo, esta interpretación se ve desvirtuada por el párrafo 2.^o de dicha regla 4.^a, a tenor del cual ordenará el Juez "que se practiquen los requerimientos, cuando no se haya presentado acta notarial que los acredite en los domicilios y de la manera que se determina en el presente artículo". Resulta, por tanto, que la omisión del requerimiento notarial no es motivo bastante para denegar la admisión de la demanda, lo que constituye un defecto del sistema legal con frecuencia puesto de relieve por la doctrina, a no ser que se entienda con Manresa (2) que el requerimiento judicial no puede sustituir la *omisión legal* del notarial, sino sólo los defectos de forma (o *lugar*) en que éste haya podido incurrir (3). Ampliaremos estas indicaciones al hacer el estudio de la regla 4.^a mencionada (4).

b') En caso de hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito es preciso añadir nuevos documentos a los que exigen las disposiciones ya mencionadas. Según el párrafo 2.^o del art. 153 de la ley Hipotecaria: "a la escritura y demás documentos designados en la regla 3.^a del art. 131, tendrá que acompañar el que acredite el importe

(1) V. lo dicho más arriba sobre este punto.

(2) Ob. y tomo cits., pág. 707 y 711.

(3) Leyendo atentamente el párrafo 1.^o de la regla 4.^a del art. 131 se ve que este criterio puede justificarse por la ausencia en el texto de una coma entre la frase "acta notarial que lo acredite" y la siguiente: "en los domicilios y de la manera que se determina en el presente artículo".

(4) El régimen legal vigente no exige entre estos documentos la aportación del certificado del Registrador que luego ha de pedir el Juez, como tenía establecido el reglamento para la ley de Ultramar (art. 168). Esta segunda solución, con la presentación del certificado "in limine litis" supone, ciertamente, la supresión de una dilación procesal que a nuestro juicio mereció ser conservada.

líquido de la cantidad adeudada". El carácter *líquido* de la reclamación es, en efecto, como se ha visto anteriormente, un requisito de la misma para que la ejecución pueda tener lugar; lo que se deduce no sólo de la disposición general del art. 1.435 de la ley de Enjuiciamiento civil, sino también, en particular, de la regla 3.^a del art. 131 cuando exige precisar "la cuantía de la reclamación". Ahora bien, la hipoteca a que se refiere el art. 153 no garantiza una cantidad fija y determinada sino hasta un máximo dentro del cual el deudor puede recibir un crédito de un importe mayor o menor. En la escritura de constitución de la hipoteca no figura, por tanto, la cuantía de la obligación que resulta ("saldo") en contra de dicho deudor y es preciso completar con una ulterior documentación el título a que hace referencia el núm. 2.^º del art. 131. La documentación complementaria es, en primer término, la que se haya indicado (convenido) en la escritura de constitución de la hipoteca (art. 153, párrafo 2.^º, al final); en su defecto, la presentación del ejemplar de una libreta duplicada que han de llevar los interesados (acreedor y deudor) "en las cuales, al tiempo de todo cobro o entrega se hará constar, con la aprobación y firma de ambos interesados, cada uno de los asientos de la cuenta corriente" (art. 153, párrafos 3.^º y 4.^º).

c') Si la hipoteca garantiza títulos nominativos o al portador, dada la indeterminación en que se encuentran los acreedores, difiere la documentación que debe acompañar a la demanda (1) en el sentido de una mayor amplitud; de un lado, el título del crédito está aquí constituido no sólo por la escritura de constitución de la hipoteca, sino también por los títulos u obligaciones emitidos; de otra parte, no basta con la presentación del título o, en su defecto, la certificación del Registro, sino que se precisan ambas cosas. Estas dos exigencias se contienen en el art. 155, párrafo 2.^º de la ley Hipotecaria: "el procedimiento para hacer efectiva la acción hipotecaria nacida de los títulos, tanto nominativos como al portador, será el establecido en los arts. 131 y siguientes de esta ley, cualquiera que fuese el importe de la cantidad reclamada. Con los títulos u obligaciones deberá acompañarse copia de la escritura de constitución de hipoteca y certificado de su inscripción en el Registro de la Propiedad y el requerimiento de pago al deudor o al tercer poseedor de la finca si lo hubiese habrá de hacerse en el domicilio de los mismos, aunque no residan en el lugar del juicio.

(1) También el régimen del requerimiento.

o, subsidiariamente, a las personas que expresa el art. 268 de la ley de Enjuiciamiento civil.

e) Por último, los efectos del escrito que inicia el proceso de ejecución hipotecaria, lo mismo los de orden *privado* que los de carácter estrictamente *procesal*, no difieren de los de cualquier otra demanda (1). Dentro de los primeros, no obstante, y por lo que toca a las consecuencias puramente *registrales*, habrá que hacer notar que, en virtud de la aplicación del principio llamado de *publicidad material negativa* tales consecuencias no existirán mientras no conste en el Registro el procedimiento de que se trata, es decir, mientras no se extienda la nota marginal a que se refiere la regla 4.^a, párrafo 5.^o del art. 131.

B) Llegamos al segundo de los trámites o conjunto de trámites que dentro del período de iniciación hemos señalado más arriba: el examen de la demanda, el requerimiento de pago y la petición de documentos.

a) El examen de la demanda es aquel acto del Juez en que éste la analiza y resuelve sobre la existencia de las condiciones a que se halla sujeta su presentación y ordena dar curso a la misma. Podemos estudiar aquí el contenido de este acto, su forma y sus efectos.

a') A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil ordinario, en que los motivos de repulsión de una demanda "de oficio" son extraordinariamente limitados, en la ejecución hipotecaria los poderes del Juez en este punto son de mucha mayor amplitud. Ello se funda en el hecho de que la parte demandada ("deudor que ha de sufrir la ejecución") carece de las posibilidades de oposición que se le conceden en el juicio declarativo ordinario e incluso en el juicio ejecutivo, donde, pese a la limitación teórica de las excepciones, se recoge la serie completa de las mismas, entre excepciones propiamente dichas y motivos de nulidad, en los arts. 1.464 y 1.467 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Según la regla 4.^a del art. 131 "in limine", "el Juez examinará el escrito y los documentos presentados, y si se hubiesen cumplido los requisitos antes expresados, admitirá aquéllos y mandará sustanciar el procedimiento" y según su último párrafo: "si los requisitos legales no se hubiesen cumplido, el Juez denegará la admisión del escrito y

(1) Salvo aquellos que han sido especialmente excluidos: v. gr.: el planteamiento de incidentes, la acumulación, etc.

documentos por medio de auto fundado, que será apelable en ambos efectos".

Al hablar la ley de "los requisitos antes expresados" no creemos que se limite a referirse a la presentación de los documentos de que se ocupa la regla 3.^a; parece preferible extender el término a *todos los presupuestos de la ejecución*, que deben, por tanto, ser de oficio examinados por el Juez; no habrá que decir cuánto más conforme no es esta solución con las orientaciones que hoy se estiman imprescindibles para una buena ordenación del régimen procesal civil, que la contraria, en que, como antes decimos, está inspirada todavía nuestra ley de Enjuiciamiento (1).

Recordando el contenido del apartado IV del presente trabajo y las reglas que sobre presentación de la demanda se acaban de exponer, observaremos la amplitud de los poderes del Juez, que se extienden —de oficio en todos los casos—:

1.^o Al examen de su propia *competencia*.

2.^o Al examen de las *condiciones* que las *partes* deben reunir:

1.^a La capacidad para ser parte.

2.^a La capacidad procesal.

3.^a La legitimación en causa (si el acreedor es efectivamente el que debe reclamar y el deudor el que debe soportar la ejecución).

4.^a La postulación procesal, si el interesado se vale de Procurador.

El juicio sobre la existencia de tales presupuestos lo formará el Juez a base de los documentos ("comprobantes de la *personalidad*") que el actor debe presentar, según el núm. 1 de la regla 3.^a ya examinada.

3.^o Al examen de los presupuestos referentes a la *pretensión* que el acreedor hace valer y a los *bienes* que constituyen el objeto de la misma (v. gr.: que sean los mismos que los que figuran en la hipoteca que garantiza el crédito del actor).

4.^o Al examen de las condiciones del *título*, especialmente la fijación de un tipo para la subasta y de un domicilio del deudor, lo que verificará—como en el apartado anterior—por el análisis del título o títulos de crédito a que se refiere el núm. 2 de la citada regla 3.^a.

5.^o Al examen de la *demandas en su forma y contenido* para ob-

(1) Morell, ob. cit., pág. 113, alude únicamente al examen de oficio de la "personalidad"; creemos, desde luego, que no hay motivos para esta limitación que el propio autor, por otra parte, tampoco formula expresamente.

servar el cumplimiento de las prescripciones que a ambos problemas hacen referencia (1).

b') Una vez realizado dicho examen y habiendo llegado el Juez a una conclusión, ésta se exterioriza en la *forma de una resolución judicial*. Así, pues, el acto ulterior del procedimiento constituye una resolución judicial sobre la admisión o inadmisión de la demanda.

Pero ¿qué clase de resolución será ésta? Tratándose de la *inadmisión* no hay duda porque el párrafo último de la regla 4.^a dice expresamente que "el Juez denegará la admisión del escrito y documentos *por medio de auto fundado*" (2). En caso de admisión, por el contrario, la ley guarda silencio (dice simplemente "admitirá aquéllos") y la interpretación doctrinal no ha llegado tampoco a una conclusión unánime sobre este punto; mientras la teoría que pudiéramos llamar *procesal*, por la índole de la obra en que se contiene, defiende el criterio de que basta una simple *providencia* para admitir la demanda (3), la doctrina *hipotecaria* indica que la resolución debe adoptarse en forma de *auto* (4). Nos parecen de mayor fuerza los razonamientos que apoyan la última opinión, por dos motivos principalmente: 1.^o, el de mantener una solución uniforme para el supuesto de admisión y el de inadmisión—en que, como hemos visto, se exige legalmente el *auto*—; 2.^o, la aplicación subsidiaria del art. 369 de la ley de Enjuiciamiento civil, a tenor del cual "las resoluciones de los Tribunales y Juzgados se denominarán: . Autos, cuando decidan La procedencia o improcedencia de una demanda".

c') Los efectos de la resolución judicial sobre la demanda del acreedor varían, como es natural, según que en ella se decida la admisión o inadmisión de ésta. Si se admite, se mandará—en la misma resolución—"substanciar el procedimiento" (art. 131, regla 4.^a, párrafo 2.^o); es decir, practicar las actuaciones indispensables—que puedan

(1) El Juez debe examinar también si se ha requerido de pago al deudor y tercer poseedor y, caso afirmativo, mediante el acta notarial de que habla el núm. 3 de la regla anterior, si dicho requerimiento ha cumplido las condiciones a que la ley lo somete. Pero en este caso, los efectos de un juicio negativo difieren, según la opinión dominante, de los que produce el mismo juicio aplicado a los otros presupuestos, ya que no deberá el Juez negar la admisión de la demanda, sino subsanar la falta del requerimiento.

(2) Sobra el adjetivo de "fundado", ya que según el artículo 371 de la ley de Enjuiciamiento civil, "la fórmula de los *autos* será fundándolos en resultados y considerandos", etc.

(3) Miguel y Romero, ob. y tomo cits., pág. 614. Manresa ob. y tomo cits., página 709.

(4) Morell, ob. y tomo cits., pág. 113.

verificarse de oficio—para que el procedimiento siga su curso y concretamente las que la ley señala a continuación; si se deniega la admisión, la ejecución lógicamente no puede continuar en el proceso “judicial sumario”; si en otro tipo de proceso—ejecutivo, declarativo ordinario—a que el acreedor puede acudir. En ambas hipótesis la resolución habrá de ser notificada; si el Juez acoge la demanda, no cabe apelar contra su resolución (1); si la rechaza, el recurso de apelación en ambos efectos es admisible, según el párrafo último de esta regla 4.^a que analizamos (2).

b) El trámite del *requerimiento de pago judicial* no es imprescindible en todas las hipótesis, sino tan sólo “cuando no se haya presentado acta notarial que los acrede en los domicilios y de la manera que se determina en el presente artículo” (regla 4.^a, párrafo último, al final). Ya antes hemos hecho notar la doble interpretación que cabe hacer de este precepto, según que se entienda que permite subsanar la omisión del requerimiento extrajudicial o tan sólo los defectos de forma en que dicho requerimiento haya incurrido.

Una vez resuelta esta cuestión—que a nuestro juicio y aun en contra de la práctica dominante en contrario debe serlo haciendo prevalecer el segundo criterio—, el requerimiento judicial en cuestión no presenta graves cuestiones; conviene, sin embargo, en este punto hacer tres aclaraciones de interés.

a') Que el requerimiento se practica *de oficio*, sin que sea necesaria la instancia de parte, puesto que la ley, a diferencia de lo que dispone en el párrafo siguiente, no lo exige expresamente. Al examinar el Juez la demanda y los documentos que la acompañan, observará si se ha cumplido el trámite previo de intimación extrajudicial en la forma marcada por la regla 3.^a del art. 131 y, en caso contrario, por propia iniciativa mandará que se practiquen tales requerimientos (3).

b') Que la *forma* de efectuarlo ha de regirse por las disposiciones—que debemos estimar complementarias—de la ley de Enjuiciamiento civil, fundamentalmente la sección 3.^a del título VI de su libro I, arts. 260 a 280. Ciento que la regla 4.^a del art. 131 de la ley Hipotecaria no menciona expresamente el art. 268 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(1) Aunque la ley no diga nada.

(2) No cabe recurso de casación, por no ser resolución definitiva la que en este caso—como en los restantes del procedimiento hipotecario—recae. Véase particularmente la sentencia de 15 de marzo de 1935.

(3) Orden que se incluirá en el mismo escrito de admisión.

ciamiento sobre el orden de las personas que hayan de ser requeridas, como hace la regla 3.^a; pero no parece dudoso que ello se debe a haberlo creído innecesario por tratarse de un requerimiento judicial en el que las normas procesales de carácter general han de encontrar indiscutida aplicación.

c') Que los efectos del requerimiento varian según que la persona requerida realice o no el pago a que se la intimá. En el caso negativo, seguirá la ejecución adelante; en la hipótesis contraria—si el pago se efectúa—, habrá terminado el procedimiento. Pero si el requerimiento extrajudicial no llegó a practicarse o fué hecho defectuosamente y si paga el deudor ante la intimación judicial, ¿quién satisfará las costas causadas hasta entonces? Creemos que éste es uno de los casos típicos de imposición de costas al vencedor, y aunque la ley no diga nada sobre este punto, no faltan apoyos en la doctrina hipotecaria que vengan a robustecer tal opinión (1).

c) La petición de documentos que se hace también como consecuencia de la admisión de la demanda, refleja en el procedimiento hipotecario el precepto análogo del art. 1.489, núm. 1.^o de la ley de Enjuiciamiento civil, según el que se acordará "que se expida mandamiento al Registrador de la Propiedad para que libre y remita al Juzgado certificación en que consten las hipotecas, censos y gravámenes a que están afectos los bienes, o que se hallan libres de cargas". Según la regla 4.^a del art. 131 de la ley Hipotecaria, párrafos 2.^o a 5.^o: "también reclamará (el Juez) del Registrador de la Propiedad, a instancia del actor, certificación comprensiva de los extremos siguientes: 1.^o, inserción literal de la última inscripción de dominio o de posesión que se haya practicado y se halle vigente; 2.^o, relación de todos los censos, hipotecas y demás gravámenes y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes, debiendo hacerse constar expresamente que se halla subsistente y sin cancelar la hipoteca a favor del actor. El Registrador hará constar por nota marginal que ha expedido esta certificación expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere".

El objeto de este trámite es claro, porque se trata de conocer la situación de las fincas hipotecadas, tal como en el Registro—lo que

(1) Aparte de la afirmación de Morell, el artículo de Soldevilla ("Notas para la reforma de la ley Hipotecaria"), en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, enero de 1935, donde, además de criticar el requerimiento judicial, defiende la exención del deudor de los gastos del proceso que se ha iniciado.

interesa a un posible tercero adquirente—puede aparecer. Pero su práctica presenta algunos problemas en cuanto a condiciones, contenido y efectos de la misma.

a') En cuanto a las *condiciones*, es censurable sin duda (1) el que se requiera expresamente la "instancia del actor", lo que demuestra, como antes vimos, que la ejecución hipotecaria no se ha librado de la vigencia del principio de impulso privado que tan importante manifestación ha tenido en nuestro derecho positivo procesal. Para obviar el inconveniente de que la inactividad del acreedor mantuviera paralizado el procedimiento en este trámite, cabían dos soluciones: exigir que el certificado del Registro fuera aportado por el actor, acompañando con dicho documento a la demanda (2) o permitir al Juez la reclamación de oficio del mismo. El obstáculo que el texto de la ley constituye para la adopción de ambas soluciones representa un defecto cuya desaparición no se puede por menos de desear.

b') La petición de documentos constituye un acto judicial cuya forma es sin duda la de un mandamiento, a tenor de lo dispuesto expresamente en el art. 288 de la ley de Enjuiciamiento civil (3). Por lo que respecta a su *contenido*, es preciso tener presente que la letra de la regla 4.^a del art. 131 debe ser interpretada ampliamente sin perder de vista el fin que a dicho precepto inspira.

a'') por ello "la inserción literal de la última inscripción de dominio o de posesión que se haya practicado y se halle vigente (núm. 1 de dicha regla) deberá ampliarse a otros derechos cuando de no hacerlos constar pueda ignorarse quién es el dueño *verdadero y actual* de los bienes (4).

b'') del mismo modo, la "relación de todos los censos, hipotecas y demás gravámenes y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes (núm. 2.^a) deberá comprender cualquier clase de cargas o derechos (5) y no sólo las posteriores a la hipoteca del actor, que motivan la notificación a que se refiere la regla 5.^a de este artículo, porque de tal manera se conoce con mayor exactitud el estado eco-

(1) Manresa (ob. y tomo cits., pág. 708), entre otros.

(2) Criterio del reglamento para la ley de Ultramar de 1893.

(3) Art. 288: "Para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios... cuya ejecución corresponda a Registradores de la Propiedad..., se empleará la forma de mandamiento."

(4) Morell, ob. y tomo cits., pág. 115.

(5) Sobre el concepto de carga inmobiliaria, véase el reciente artículo de Ríos Mosquera, citado más arriba.

nómico de la finca ejecutada y porque además la palabra "todos" que este número emplea no deja lugar a dudas sobre la generalidad de su aplicación.

c'') En cambio, el requisito de que se haga constar expresamente "que se halla subsistente y sin cancelar la hipoteca a favor del actor (núm. 2.º, a. f.) no es de cumplimiento necesario lógicamente, en los casos en que por no haber presentado el ejecutante el título inscrito ha debido acompañar a su demanda la "certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca" (núm. 2 de la regla 3.º), puesto que ambas circunstancias figuran ya en los autos con anterioridad.

c') Los efectos procesales del trámite que examinamos no ofrecen dificultad. Su cumplimiento permite seguir adelante la ejecución y practicar el trámite ulterior que señala la ley; mientras los documentos pedidos, por el contrario, no se han recibido en el Juzgado, la imposibilidad de determinar la necesidad de las notificaciones de que trata la regla siguiente, impondrá la paralización del procedimiento.

En cuanto a los efectos *puramente hipotecarios* del mandamiento judicial no son de tan fácil determinación en lo que respecta, sobre todo, a la nota marginal de que trata el párrafo 5.º de esta regla (¿dónde deberá extenderse? ¿qué carácter tiene? ¿cuáles son, a la vez, sus efectos?); pero la índole extraprocesal de tales cuestiones nos releva de entrar en el examen de las mismas.

JAIME GUASP
Catedrático de la Universidad de Barcelona.

Los artículos 464 y 1.955 y el principio de que en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale al título

Es tradicional en nuestro Código civil la aparente antinomia existente entre el artículo 1.955 y el 464. Si este último consagra el principio de que en los bienes muebles la posesión adquirida de buena fe equivale al título, precepto que tiene sus equivalentes en el Código civil francés (1) y en el alemán (2), es inútil que el 1.955 diga que la propiedad en los muebles se adquiere por la posesión de tres años no interrumpida con buena fe, pues en realidad se adquiriría un dominio que ya había sido adquirido por la aplicación del principio general del 464.

Para Traviesas (3), la solución de esta antinomia está en que el artículo 464 no consagra el principio de que el poseedor de buena fe sea propietario (presunción *juris et de juris*), sino que lo que sienta es una presunción *juris tantum* de propiedad, es decir, la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe sienta a favor del poseedor la presunción *juris tantum* de que es propietario, presunción que, como todas las de su género, puede ser destruída por la prueba en contrario, y sólo ésta se convertiría en *juris et de jure* cuando hayan transcurrido los tres años de la prescripción ordinaria, en cuyo momento el poseedor se ha convertido en propietario y ya no prosperará contra él la *actio reivindicatoria* del anterior dueño; antes del transcurso de los tres años sí ha de prosperar tan pronto como por la prueba en contrario se destruya la presunción de dominio que tiene a su favor el poseedor de buena fe.

(1) Código civil francés, artículo 2.274.

(2) Código civil alemán, artículo 932.

(3) Traviesas: *Extinción y reivindicación del derecho de propiedad*. "Revista de Derecho Privado", 1920, páginas 205 y siguientes.

Esta opinión de Traviesas, que indudablemente resuelve la antinomia de los dos textos legales, tiene, a mi juicio, el inconveniente de vulnerar el que yo creo que es el verdadero espíritu del art. 464..

Más o menos también sostienen análoga opinión a Traviesas, Mucius Scaevola (1) y Manresa (2).

La antinomia puede ser salvada sin que el principio de que "en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale al título", se destruya como pasaría de sostener las opiniones citadas; y esto es lo que yo pretendo con las presentes notas, para lo cual parto de lo siguiente: El artículo 464 establece, siguiendo a los Códigos francés y alemán citados, el principio de que el poseedor de una cosa mueble si la posee de buena fe es propietario de ella con presunción *juris et de jure*, y, por tanto, la cosa será irrevindicable. Este, que es el principio general del texto legal, tiene dos excepciones, que son: 1.^a, que la cosa hubiera sido perdida por el anterior dueño, y 2.^a, que hubiese sido privado de ella ilegalmente; y estas reglas son, a mi juicio, compaginables con la de prescripción del art. 1.955, como luego veremos.

La solución en Derecho romano no era la que, como se verá, han dado al problema los Códigos modernos. La *traditio*, como modo derivativo de adquirir el dominio, aunque tenía carácter abstracto, es decir, que bastaba transferir la posesión acompañada del *animus dominii transferendi et accipiendi* para que se consumara el traspaso de la propiedad, aun cuando quedara la *justa causa traditionis* frustrada, según se deduce de un pasaje de Juliano (3), aunque haya otro opuesto de Ulpiano (4), es el primero, según Sohm (5), el que mejor refleja los principios generales del Derecho romano; pues bien, prescindiendo de este problema, la *traditio* en Roma, además de tener carácter abstracto, necesitaba otro requisito, que era el *poder de disposición*, es decir, como modo de adquirir derivativo sólo transfiere la propiedad cuando al autor le asiste el poder de disposición, y si una persona, sin tener dicho poder, transmite una cosa, no transmite el dominio de la misma; sólo por excepción se adquiere el dominio, lo que

(1) M. Scaevola: *Código civil comentado y concordado*. Tomo VIII, páginas 561 y siguientes.

(2) Manresa: *Comentarios*. Volumen IV, páginas 337 y siguientes, 4.^a edición.

(3) D. 41-1-26.

(4) D. 12-1-18.

(5) Sohm: *Institutiones de Derecho Privado Romano*, traducción W. Roces. Madrid, 1928, página 263.

equivale a dar a la *traditio* la eficacia de modo originario, en las tradiciones procedentes del Fisco o del Emperador.

El Derecho romano, dice Sohm (obra citada), tiene presentes en todo momento estas fórmulas; las legislaciones modernas, en cambio, inspirándose en el Derecho germánico medioeval, reconocen a la tradición validez originaria a favor del adquirente de buena fe, o sea a aquel que sin incurrir en grave negligencia cree propietario al enajenante tratándose de bienes muebles y siempre que no proceda de robo ni hayan sido sustraídos al dueño contra su voluntad; en la actualidad cabe, pues, adquirir de buena fe la propiedad de cosas transmitidas sin derecho a disponer de ellas.

El art. 2.279 del Código civil francés dice: "en materia de muebles, la posesión equivale al título. Sin embargo, el que ha perdido o le ha sido robada una cosa, *puede reivindicarla durante tres años*, contados desde el día de la pérdida o del robo, de aquel en cuyo poder se encuentra, salvo el recurso que éste tiene contra aquel de quien la recibió". Nótese que no habla de buena fe, sino solamente de posesión; sin embargo, para Saleilles (1) hay que suponerla necesaria, y así dice: "precisamente por ello podrá ocurrir que si el poseedor lo es de buena fe y no ha mediado entre él y su autor conveniencia alguna para frustrar los derechos del propietario reivindicante, la mera aptitud adoptada por aquél con respecto a éste (a condición de no ser clandestina frente al sujeto de quien recibió la cosa) baste para hacerle adquirir sin más la propiedad y dejar al reivindicante privado de su derecho". Este es el espíritu que late en toda la monografía del autor citado.

Véase, además, cómo el Código francés dice, en el párrafo 2.º del artículo citado, que si la cosa ha sido perdida o robada, puede reivindicarse durante tres años, de lo cual se deduce: 1.º, que después de tres años no será reivindicable, aunque haya sido perdida o robada, y 2.º, que si no está en estas dos situaciones, será aplicable el principio general del párrafo 1.º, o sea que no será reinvindicable ni siquiera durante los tres años.

El párrafo 932 del Código civil alemán dice: "La enajenación hecha conforme al párrafo 929 (2) hace al adquirente propietario aun

(1) Saleilles: *La posesión de bienes muebles*. Traducción "Revista Derecho Privado". Madrid, 1927, página 272.

(2) Párrafo 929: "Para transferir la propiedad de una cosa mueble es preciso que el propietario haga tradición de ella al adquirente y que medie entre ambos acuer-

cuando la cosa no pertenezca al transmitente, a menos que no hubiese sido de buena fe, en la época en que haya adquirido la propiedad según estas disposiciones. Sin embargo, en el caso previsto en el inciso segundo del párrafo 929, sólo puede suceder esto cuando el adquirente haya obtenido la posesión del transmitente mismo"; es decir, para el Código alemán no hay duda de que el que adquiere de buena fe una cosa mueble, aunque el que se la haya transmitido no sea dueño, no adquiere la propiedad de la misma con presunción "juris tantum", sino con presunción "juris et de jure". Basta, por lo tanto, la tradición que ponga al poseedor en poder de la cosa mueble y la buena fe por parte del que la adquiere para que tenga el dominio, al menos esta es la interpretación que da Crome (1) y lo confirma el párrafo 933 de dicho Código (2).

También el Código alemán sienta las excepciones a la anterior regla o principio general, que son las de los casos de pérdida y robo, así el párrafo 935 dice: "La adquisición de la propiedad por virtud de los párrafos 932 a 934 no se realiza, cuando la cosa ha sido robada o perdida o de cualquier otra manera ha sido arrebatada al propietario. Lo mismo sucede cuando el propietario tenía la posesión por medio de otro (3) y éste ha sido desposeído. La presente disposición no es aplicable al dinero, a los títulos al portador ni a las cosas enajenadas en subasta pública."

Esta, que es en líneas generales la doctrina de los Códigos francés y alemán, es, a mi juicio, la que hay que sentar en el análisis del artículo 464 del Código civil y en todo su articulado, como veremos informa la misma solución.

Dicho texto legal sienta una regla general análoga, por no decir igual, a la de los Códigos francés y alemán, y es esta: La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título; es decir, que el que de buena fe ha adquirido por la tradición una cosa mueble, ha adquirido la propiedad de la misma. Esta regla tiene dos excepciones: 1.^a, si la cosa ha sido perdida por su dueño, y 2.^a, si hubiese sido privado de ella ilegalmente, en cuyos dos supuestos el poseedor de buena fe voluntades para realizar la transmisión. Si el adquirente estuviere ya en posesión de la cosa basta el acuerdo de voluntades."

(1) Crome: *System des Deutschen Bürgerlichem Rechts*. III. Párrafo 381.

(2) Párrafo 933: "Si la cosa enajenada conforme a lo dispuesto en el párrafo 930 no pertenece al transmitente, el adquirente viene a ser propietario cuando se haga tradición de ella por el transmitente, a menos que en esta época carezca de buena fe."

(3) Besitzdiener, como la llama Bekker, y Besitzhalter, de Endemann.

na fe, aunque se le haya atraído por persona que él creyó legítimo dueño, no adquiere la propiedad, pues en los dos, dice el Código, que podrá reivindicarla de quienes la posean, con la limitación de reembolsar el precio en los supuestos de los párrafos 2.º y 3.º del art. 464.

Por lo tanto, según lo dicho, si A, dueño de la cosa mueble X, la entrega en depósito a B y muerto éste sus herederos, creyéndola suya, la venden a C, que de buena fe la compra, una vez entregada a éste adquiere el dominio por haberla adquirido de buena fe, y el A no podrá entablar, o por lo menos si la interpone no debe prosperar, la *actio reivindicatoria* contra C; sólo podrá pedir, a lo sumo, una indemnización a los herederos de B, o que le cedan sus acciones para reclamar el precio al adquirente de buena fe si éste no lo hubiese pagado. Por el contrario, A es privado ilegalmente (por robo, por ejemplo) o extravía la cosa X, la que es encontrada por B, el cual la vende a C, que de buena fe la compra creyéndolo dueño; según nuestra opinión, A, en este caso, podrá entablar y habrá de prosperar contra C la acción reivindicatoria, sin perjuicio de que C, por su parte, puede pedir a B la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Y esto que se deduce como doctrina general del art. 464, es la que luego sienta el Código en otros casos particulares. Así el art. 1.897 dice, en el caso de que una cosa cierta y determinada se hubiese entregado indebidamente en pago a una persona, y ésta la hubiese enajenado, el dueño de ella no podrá contra el que la adquirió de buena fe entablar la acción reivindicatoria, sino, como dice el último inciso, sólo podrá pedir la restitución del precio o la acción para hacerlo efectivo, pero nunca la misma cosa; y la solución es lógica; en este supuesto, la cosa no salió del poder de su dueño ilegalmente, sino por su propia voluntad, aunque hubiera error en el pago, y, por lo tanto, hay que aplicar la regla general del art. 464.

Idéntica es la solución del art. 1.778, que sienta el supuesto de nuestro primer ejemplo; e igualmente el párrafo segundo del art. 1.295 y el 1.473, párrafo segundo, en el caso de doble venta de una cosa mueble.

En una palabra, siempre que en el comercio jurídico mobiliario aparece el poseedor de buena fe como adquirente de una cosa mueble, sea o no propietario el que se la vendió, el Código lo protege por el principio general del art. 464 y por varias disposiciones particulares. Sólo en el caso de las excepciones citadas sobre el principio del crédito

mobiliario predomina el interés del anterior propietario. ¿Por qué hace esto la ley?—Luchan aquí dos intereses: proteger el interés del anterior propietario de un lado y el crédito mobiliario por otro. La ley, entendiendo que dar predominio absoluto al primero sería echar por tierra el segundo, se inclina por este último, quedando sólo como concesión al primero las dos excepciones citadas; y así como en los sistemas hipotecarios modernos el crédito inmobiliario se salva con la inscripción en los Registros públicos y los bienes inmuebles quedan protegidos por la publicidad material en su aspecto de "fides pública" y "legitimación", así en los muebles, que por su estructura, material y jurídica no pueden ser sujetos a las trabas de un Registro, tienen que tener un medio ostensivo de publicidad (1), y ésta es la posesión de buena fe.

Se podría establecer la siguiente ecuación: la inscripción es a los inmuebles (por algo se la ha llamado modernamente "posesión tabular") lo que la posesión de buena fe es a los muebles; aunque esta última sea, según nuestra opinión, aún más enérgica que aquélla, pues, como se dice, sienta presunción *juris et de jure*, cosa a que no llega en nuestro sistema hipotecario la interpretación del art. 41 de la ley Hipotecaria.

El fundamento de las excepciones a esta regla general en los casos de pérdida y robo no interesa para el problema que nos ocupa (2); lo que sí se puede decir de pasada es que así como para establecer la regla general del art. 464 el legislador, puesto en el dilema de optar entre proteger al anterior propietario de un lado y el crédito mobiliario de otro, caracterizado éste por el poseedor de buena fe, se decide por el último; cuando se trata de propietario expoliado o cosa perdida, no quiere agravar su situación y se inclina por él; en este supuesto el interés individual vence al social, pero sólo en estos casos, en los demás predomina el crédito mobiliario.

Todo esto sentado, llegamos al punto culminante del problema. ¿Se opone esta doctrina al art. 1.955?, o lo que es lo mismo, ¿hay antinomia entre ambos? Yo creo que no; lo que pasa es que el principio del art. 464 limita el ámbito de aplicación del art. 1.955. Veá-

(1) Función de signo, que la llama Heck (*Zichenfunktion*). "Y esta apariencia produce efectos extraordinarios a favor del contradictor de buena fe y legítima la adquisición de las cosas muebles." Ver *Una nueva manera de enfocar los problemas hipotecarios*, J. González. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1940, página 97.

(2) Sobre el fundamento de las excepciones, Saleilles, ob. cit.

mos. Este texto establece las dos especies clásicas de prescripción: la ordinaria y la extraordinaria. Respecto a la última, dice el párrafo segundo que basta la posesión no interrumpida de seis años sin necesidad de ninguna otra condición, es la prescripción del poseedor de mala fe. El que posee y adquiere de mala fe una cosa mueble sólo adquiere la propiedad de la misma, por el transcurso de seis años salva la excepción del artículo siguiente respecto a las cosas hurtadas o robadas por los que las hurtaron o robaron y por sus cómplices o encubridores, mientras no prescriba la acción penal. Como se ve, la prescripción extraordinaria juega libremente y en nada se opone a ella el artículo 464, pues habiendo mala fe no será éste aplicable.

Pero vamos a la otra, a la ordinaria, y para ella dice la ley que se necesitan tres años de posesión y buena fe; aquí es donde aparece la aparente contradicción con el art. 464, que nosotros pretendemos salvar limitando la aplicación del art. 1.955 a solamente aquellos supuestos en que un tercero de buena fe adquirió del que creyó ser su dueño una cosa mueble perdida o robada. Decíamos en el segundo de nuestros ejemplos, que el poseedor de buena fe no tenía en estos supuestos la presunción *juris et de jure* de propiedad y que, por lo tanto, el dueño de la cosa la podría reivindicar de él, aunque luego éste pudiera pedir la indemnización de daños y perjuicios del que indebidamente se la enajenó; es decir, no podía oponer la excepción del art. 464. Pero si el dueño entabla la acción reivindicatoria después de los tres años, ya no prosperará por aplicación del art. 1.955. En una palabra, que la esfera de aplicación de la prescripción ordinaria queda reducida a aquellos poseedores de buena fe que adquirieron una cosa perdida o de la que se había privado ilegalmente a su dueño, porque si no, el artículo aplicable es el precepto general del art. 464.

Resumiendo, podríamos establecer los siguientes supuestos:

Primero.—Cosas robadas usucapidas por sus autores, cómplices o encubridores. No prescribe la acción del dueño y, en consecuencia, no adquieren el dominio los usucapientes mientras no prescriba el delito o falta por aplicación del art. 1.956.

Segundo.—Cosas poseídas con mala fe, necesitará el poseedor para ser dueño de ellas el transcurso de seis años, por aplicación del párrafo segundo del art. 1.955.

Tercero.—Cosas robadas o desposeído ilegalmente el propietario de ellas, poseídas por un tercero que las adquirió de buena fe; nece-

sitará el poseedor tres años de usucapión para adquirir el dominio por aplicación del párrafo primero del art. 1.955.

Cuarto.—Cosas que habiendo salido del poder de su dueño sin ninguna violencia, o sea por su voluntad, son adquiridas por un tercero de buena fe. En este supuesto el poseedor adquiere el dominio por la mera tradición y por aplicación del principio general del art. 464.

Quinto.—Cosas que habiendo salido también voluntariamente del poder del dueño no han pasado a manos de un tercero, sino que continúan en poder del primero, como pasaría en las poseídas por el depositario y precarista. Estos no podrán aducir ni el principio general del art. 464, pues faltaría notoriamente el requisito de la buena fe, ni tampoco el párrafo primero y ni aun el segundo del art. 1.955, pues su posesión no puede generar usucapión por no ser ejercida en concepto de dueño, requisito necesario para la posesión "ad usucapió-nem", según el art. 1.941.

Así creemos puedan ser armonizados ambos textos legales, y de lo expuesto se deduce que, lejos de ser opuestos, se complementan y entre ambos llenan todas las lagunas y resuelven todos los supuestos de la adquisición de la propiedad de bienes muebles.

Y no se diga, con Traviesas (artículo citado), que el apartado tercero del art. 1.955, al establecer en él "que en cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto a las adquiridas en venta pública, en Bolsa, feria o mercado o de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo dispuesto en el art. 464, se quiere decir que no se estará a lo dispuesto en el art. 464 en lo demás que expresa el art. 1.955, y que así el propietario como tal podrá reivindicar de quien las posea las cosas dichas", sino que hay que interpretar dicho apartado en el sentido de que antes de transcurrir los tres años, tiempo en que como hemos dicho puede el anterior propietario reivindicar las cosas muebles perdidas o robadas, aunque estén en poder del poseedor de buena fe, así como para las adquiridas en venta pública, en Bolsa, feria o mercado, etc., se estará a lo dispuesto en el art. 464; es decir, a la obligación del reembolso: o sea, armonizándolos, que si el propietario de la cosa perdida o sustraída antes de los tres años, reivindica la cosa mueble contra un poseedor de buena fe que la adquirió en venta pública, habrá de restituir a éste el precio, restitución a que no está obli-

gado si el poseedor no la adquirió de esta forma. Que también habrá de reintegrar la cantidad del empeño si la cosa se empeñó en un Monte de Piedad y entabla la acción reivindicatoria antes de que prescriba ésta, que será según el art. 1.962 antes de los seis años.

Y, por último, que en cuanto a la compraventa mercantil de cosas muebles, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.

HIPÓLITO SÁNCHEZ VELASCO.

Notario

Los artículos 30 y 31 del reglamento del impuesto de Derechos reales en relación con la doctrina civil de la colación

No es la colación, precisamente, una de las figuras jurídicas de mayor claridad y precisión técnica en nuestro ordenamiento jurídico. Pero no es nuestro objeto su desarrollo y estudio detallado; no. Quédese eso para plumas más autorizadas. Nuestro empeño es más reducido y concreto, limitándose a poner de manifiesto y sin reservas a la consideración del lector una duda que los artículos 30 y 31 del Reglamento del Impuesto nos han suscitado a la vista del artículo 1.036 del Código civil.

El ser el problema exclusivamente de orden fiscal, la no pretensión de un estudio detallado de la colación, como antes decimos, y la calidad de los lectores para los que se edita esta Revista, me relevan de dar antecedentes del concepto y modalidades de la colación y me autorizan a ir derechamente a mi objeto.

Para centrarlo, no obstante, permítasenos dar esquemáticamente una definición de la colación y de las donaciones colacionables y no colacionables presupuestos necesarios para pasar adelante.

De las definiciones al uso, nos quedamos con la que se da en la "Enciclopedia Española de Derecho Administrativo", tomo IX, página 531, que dice ser "el acto en virtud del cual los descendientes que concurren a partir la herencia de un ascendiente llevan a la masa común los bienes que de él recibieron, para que la división se verifique con arreglo a las leyes y a la voluntad de los testadores".

Girard define la donación como el acto por el cual una persona con ánimo de liberalidad, se empobrece en una fracción de su patrimonio, en beneficio de otra que se enriquece con ella. Son colacionables las hechas por el causante en vida, a uno o más de sus herede-

ros forzosos, cuando éstos concurren a la herencia con otros que también lo sean (artículo 1.035 del Código civil), y no son colacionables las hechas a extraños.

Vamos, pues, con estos antecedentes a ver el problema.

A) dona en vida a su hijo B) en escritura pública, aceptada en la misma, la finca X), como anticipo de legítima, valorado en 15.000 pesetas. B) liquida esta escritura de donación pagando de tipo el 3 por 100, núm. 29 c. de la Tarifa.

Posteriormente fallece A), y B), que tiene más hermanos que con él concurren a la herencia de su padre, puede adoptar una de estas dos posiciones: 1.^a Aceptar la herencia. 2.^a Repudiarla gratuitamente en beneficio de sus coherederos.

1.^a *Aceptación*.—En este supuesto, B) tendrá que colacionar lo recibido como anticipo de legítima (artículo 1.035 del Código civil), pues ya partimos del supuesto de que su padre no le ha liberado expresamente de esta obligación, y entonces, a efectos fiscales, no se exigirá el impuesto por herencia sobre el capital de la donación, que ya lo satisfizo en tiempo oportuno (artículo 30 del Reglamento del Impuesto).

2.^a *Repudación*.—El que repudia la herencia, al no confirmar o consolidar en sí, por medio de una afirmación, que es la aceptación, la cualidad de heredero que tiene en potencia por el principio germánico de la transmisión instantánea por el fallecimiento del de cuyus, hoy admitido en la mayoría de las legislaciones modernas, y desde luego en la nuestra, queda como extraño a la sucesión.

Pues bien B), repudiante, se convierte en un extraño respecto a la sucesión de A), y la donación que como anticipo de legítima recibió de éste en vida se transforma en donación hecha a un extraño; B) será un donatario extraño, y de acuerdo con las normas generales, la donación, imputable al tercio libre, para determinar si se deberá o no reducir por inoficiosa. Y entiéndase que, como aclara Manresa, en sus comentarios al art. 1.036 del Código civil, la renuncia de la herencia no implica la de la donación recibida anticipadamente, reconociéndolo así el propio art. 1.036, pues que al establecer que esa donación pueda reducirse por inoficiosa, supone desde luego su eficacia y subsistencia en lo demás.

Esto sentado, pasemos al art. 31 del Reglamento que dice que "Las transmisiones que se verifiquen por sucesión a título de herencia o legado pagarán con arreglo al grado de parentesco entre

causante y adquirente con sujeción a los tipos de la tarifa adjunta a la ley..." Y el art. 54 nos aclara que los grados de parentesco a que se refiere la tarifa anexa a la ley, son todos de consanguinidad.

Pues bien, B), que en el ejemplo que venimos desarrollando sabemos que en tiempo oportuno liquidó la donación al 3 por 100 porque la finca vale 15.000 pesetas, núm. 29 de la tarifa c., y que después repudia la herencia, ¿ pierde su calidad de hijo legítimo de A) por el hecho de la renuncia a su herencia? ¿ Se esfuma su parentesco de consanguinidad con su padre por la no aceptación? Evidentemente, no. Entonces hay que concluir que el impuesto está correctamente satisfecho.

Pero no podemos perder de vista que el repudiante se convierte en un extraño a la sucesión, en un legatario extraño, y si recibió donaciones del causante, esas donaciones toman el carácter de legado a extraño, y tanto es así, que al tercio libre han de imputarse para ver si son o no inoficiosas.

Si pues entonces resulta que en nuestro caso B) es un legatario extraño, pues que la donación que recibió jurídicamente considerada y por el hecho de la renuncia toma este carácter, al presentarse en la Oficina Liquidadora los documentos necesarios para la liquidación de la herencia de A), pregunto, procederá:

1.º ¿Dar por correctamente liquidada la donación de B) repudiante que lo fué al 3 por 100?

2.º ¿Liquidar al 48 por 100, núm. 38 de la tarifa, suponiendo que la finca vale 15.000 pesetas?

3.º ¿O girar a B) una liquidación complementaria por la diferencia del 3 al 48 por 100?

La primera solución tiene a su favor los preceptos terminantes de los artículos 29 y 54 y la anterior consideración: la tercera, pues la segunda ha sido solamente hecha para mayor claridad, se asienta en las innegables consecuencias y cambios que la repudiación de la herencia implica respecto al presunto heredero, al punto de cambiar su posición jurídica respecto a la sucesión renunciada, y aun puede encontrársele una razón no ya jurídica, pero sí de absoluta equidad y de tipo fiscal, y es la de que si B), repudiando la herencia de A) y subsistiendo, como hemos quedado en que subsiste, la donación recibida de éste como anticipo de legítima, puede eludir la parte que le pudiera corresponder en posibles y aun muy probables deudas de A),

justo es que en compensación a esta ventaja satisfaga el impuesto por el tipo que lo haría un extraño, y puesto que ya pagó al 3 por 100, que lo haga ahora por la diferencia al 48.

El art. 30 del Reglamento, párrafo 3.º, parte siempre de la base de que la colación haya de verificarse, pero no nos aclara qué habrá que hacer cuando no se colacione y se dé el supuesto estudiado.

A mi modesta manera de ver la solución, debe ser la liquidación complementaria por la diferencia de tipo, bien entendido que a la vista del derecho constituido (artículos 29 y 54 del Reglamento) quizás no sea defendible en puridad de doctrina, pero desde el punto de vista de equidad, jurídico y fiscal, tal vez una revisión acordada, por quien el Reglamento le da tales facultades, tendría éxito, apoyándose en estas consideraciones y apartándose un poco de la letra escueta de la ley establecida, para mirar la esencia del problema, enfocada hacia el derecho constituyente.

Abierta queda la interrogante de si sería o no conveniente una ampliación del art. 30 del Reglamento para comprender el caso previsto.

GERMÁN DELDADO JARILLO,
Registrador de la Propiedad.

Las resoluciones de la Administración central y la competencia del Tribunal Supremo

III

En el artículo que bajo el precedente encabezamiento publicamos en el número de esta Revista correspondiente al mes de octubre del año pasado, terminábamos sintetizando nuestra opinión sobre el caso diciendo que las resoluciones de la Administración central posteriores al 18 de julio de 1936, cualquiera que sea el órgano que las dicte, no son recurribles ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, ni aun tratándose de las que la Administración declara lesivas.

Al aparecer aquel trabajo no había tenido ocasión la propia Sala de pronunciarse sobre la cuestión, pero, posteriormente, si ha hecho público su criterio al dictar el auto de fecha 30 de dicho mes de octubre. Se trataba de una Orden del Ministerio de Industria y Comercio, dictada en agosto de 1939, que fué declarada lesiva, y contra la cual el Ministerio Fiscal interpuso el correspondiente recurso de revisión y nulidad, al amparo del art. 7.^º y concordantes de la Ley jurisdiccional de lo Contencioso-administrativo de 22 de junio de 1894.

La Sala, después de invocar la ley de 27 de agosto 1938, que reorganizó el Tribunal Supremo y que de una manera especial en su artículo 8.^º determinó la competencia de su Sala 3.^a, dice que "la limitación de su competencia" que esa disposición determina le impide "admitir a trámite la demanda del Fiscal", porque el mandato de la ley es general y no distingue, y la Administración, cuando acciona, como en esta oportunidad, es, dentro del procedimiento, un ente justiciable lo mismo que un particular recurrente cualquiera y no puede recabar la función revisora de nuestra jurisdicción cuando la ley veda de un modo explícito el ejercicio de esa facultad".

Nos da pie para traer de nuevo a cuenta aquella nuestra opinión y este valioso y definitivo refuerzo que nos trae el criterio jurisprudencial, una Orden del Ministerio de Hacienda, de fecha 17 de febrero pasado e inserta en el "B. O. del Estado" del 28 del mismo mes. En ella se declara lesiva una resolución del Tribunal Económico-administrativo de cierta provincia, dictada en 31 de julio de 1941, y se dispone que sea impugnada en vía contencioso-administrativa.

Aunque la mencionada Orden no dice de una manera categórica que el recurso de revisión y nulidad haya de interponerse ante el Tribunal de lo Contencioso-administrativo central, o sea ante la Sala 3.^a, así se desprende con claridad de alguno de los razonamientos que contiene y señaladamente de uno de los Considerandos, precisamente el que nos ha movido a traer aquí de nuevo a estas columnas el mismo tema del artículo del mes de octubre.

El Considerando, pues, dice así, en la parte pertinente, razonando y atacando directamente el punto referente a la procedencia del recurso contencioso-administrativo: "cuya posibilidad de recurso no debe entenderse modificada por el art. 8.^º de la Ley de 28 de agosto de 1938 por la que se reorganiza el Tribunal Supremo, ya que las limitaciones en la jurisdicción de la Sala 3.^a afectan realmente tan sólo a los recursos contra las resoluciones de la Administración central que pudieran interponer los particulares, pero no han de entenderse aplicables a los que pueda formular la propia Administración en defensa de sus intereses".

Está, por consiguiente, claro que el Ministerio de Hacienda se pronuncia decididamente por la competencia de la Sala 3.^a para conocer del recurso y por una interpretación de la Ley de 1938 completamente contraria, no ya a la del articulista—que nada significaría por sí sola frente a la del Ministerio de Hacienda—, sino también a la de la propia Sala 3.^a del Tribunal Supremo.

El ir en tan honrosa compañía nos decide a insistir en nuestro punto de vista y a proponer algunas sugerencias sobre el caso, aun a sabiendas de que no compartimos el criterio de la Dirección general de lo Contencioso, con cuya consulta y conformidad se dictó la Orden que propugna el recurso contencioso-administrativo, y no sin lamentar el no poder asociarnos al criterio del prestigioso y respetado Centro directivo.

IV

En cuanto al fondo del asunto, nada hay que añadir después de lo dicho en los dos apartados del artículo de octubre y, sobre todo, después de los argumentos que contiene el auto de la Sala 3.^a al que acabamos de referirnos.

Otra cosa sería si el problema se desarrollara espigando en el campo del derecho doctrinal y constituyente en que se inspira y se sustenta el Derecho Político que actualmente enmarca y condiciona las directrices generales políticas del Estado español.

Es decir, que respetando esas fronteras, moviéndose dentro de su ámbito y sin acudir ni menos pedir argumentos al orden jurídico-político de ilimitados horizontes y signo contrario al actual, en que se inspiró primitivamente la implantación de la jurisdicción contencioso-administrativa, se podrían hacer consideraciones en el presente momento doctrinal, tal, por ejemplo, como la que hace referencia a la regla, sin excepciones, de que toda resolución de orden superior administrativo, sin distinción posible entre las que tienen un aspecto meramente económico y ajeno a todo principio de orden político y aquellas otras que por referirse a cuestiones y criterios de Gobierno o que rocen las directrices fundamentales del organismo estatal son por definición superiores a toda discusión y extrañas al ámbito competencial de toda jurisdicción y de todo tribunal por elevado que él sea.

Ese es, efectivamente, uno de los axiomas fundamentales e intangibles del nuevo orden jurídico-político, que, consecuente con su concepto de la autoridad y de sus prestigios, no permite que sus decisiones sean sometidas a revisión ante ningún organismo jurisdiccional. Pero es el caso que dentro de ese mismo sistema hay decisiones y actos de las autoridades superiores del Estado—si se quiere, genéricamente, de la Autoridad—que sin oposición ni discusión ni escándalo de nadie, son o pueden ser discutidas y sometidas a la controversia judicial, quedando la personalidad jurídica del Estado y el Estado mismo, por lo tanto, en este aspecto, convertido en contendiente que se somete a la jurisdicción de un tribunal de justicia, aunque tenga que despojarse pasajeramente de los atributos augustos de la Autoridad y desceder de su sitial para quedar de momento convertido en litigante y al mismo nivel en los estrados del tribunal que el demandante o el demandado que con él contiene.

Tales son todas aquellas cuestiones que afectan a los derechos meramente civiles. En ellas, la personalidad del Estado reconoce la beligerancia jurídico-procesal del ciudadano frente a su propia beligerancia y baja a la arena a contender con él, sometiéndose a la tutela jurídica de un tribunal ordinario, sin desdoro ni merma de ninguno de los atributos del Poder ni de la Autoridad. Esto era antes del actual Estatuto político del Estado y continúa siéndolo también ahora después de él, como lo demuestra la existencia de numerosos pleitos civiles y laborales en los que el Estado es parte y actúa, ya como demandante, ya como demandado, bajo la representación de sus personeros natos, los Abogados del Estado (1).

No se nos oculta que se podría objetar que en esta clase de contiendas judiciales no se presenta el Estado con su carácter de autoridad, sino como persona jurídica, investida de análogos derechos y obligaciones que cualquier sujeto de derecho.

Ciertamente era esa la distinción que se hacía y se colocaba al lado de otros argumentos, que no hacen ahora al caso, para cohonestar y justificar en el Derecho Político y Administrativo clásicos o anteriores a las actuales concepciones sobre el Estado y sobre sus funciones, la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, actuando paralelamente y al lado de la ordinaria del orden civil. Ante ésta, decían aquellas concepciones jurídicas y procesales, comparece el Estado como sujeto de derechos y obligaciones civiles, como persona jurídica, en una palabra, despojado del armiño estrellado de la Autoridad, y ante aquella otra jurisdicción ostenta otro carácter sustancialmente distinto. No es ya el hombre del estado llano, como si dijéramos, el que acude respetuoso a pedir justicia y a recabar su derecho, es la Administración, o sea el órgano de la Autoridad en alguna de sus manifestaciones, quien se resigna a que una orden, un mandato suyo, sea puesto en tela de juicio ante un tribunal, siquiera esté constituido en una forma especial.

Esto, que se acaba de decir en palabras llanas y sin tecnicismos, era lo que ocurría y lo que en el fondo diferenciaba a ambas jurisdicciones, y es también lo que sustancialmente sirve de apoyo a la pro-

(1) Esta es una de las importantes funciones atribuidas al Cuerpo de Abogados del Estado, como es bien sabido, y concretamente en la Abogacía del Estado de la Audiencia de Madrid se están siguiendo actualmente varios pleitos en los que aquél es parte y en los que el articulista actúa como Abogado del Estado.

hibición rotunda que la mencionada ley de 1938 establece cegando el cauce y cortando el camino a toda reclamación contra las decisiones de los organismos superiores del orden administrativo, sea porque se sienta más celosa de los prestigios de la Autoridad, sea porque las nuevas orientaciones jurídico-políticas demanden una revisión de todo lo que pueda servir para menoscabar las directrices fundamentales del Estado, sea, en fin, porque el tratamiento del proceso político así lo exige, como parece darlo a entender la propia ley de 1938 en su preámbulo al referirse a una organización definitiva futura del Tribunal Supremo, en contraste con la "provisional y transitoria" que establece en consonancia con "las exigencias excepcionales del presente".

Pero sea de ello lo que quiera, es lo cierto que dentro de una y otra concepción no deja de ser una decisión de la Autoridad del Estado la que se somete a discusión ante un organismo jurisdiccional y en definitiva ante un tribunal, y es lo cierto también que ese alegato de la diferenciación entre el Estado-poder y el Estado-persona jurídica no llega a establecer entre ambas situaciones jurídicas una línea divisoria que sirva para sustantivar ambas jurisdicciones de una manera decisiva y para separar con trazo firme y sin claroscuro el papel que en uno y otro caso representa el Estado, porque no hay que olvidar que para demandar al Estado ante la jurisdicción ordinaria en contienda civil o laboral es necesario obtener de él, previamente, una decisión negativa del derecho de que se cree asistido el particular contendiente, lo cual constituye, como es sabido, el trámite previo de "apurar la vía gubernativa", regulado en el R. D. de 23 de marzo de 1886 para los asuntos civiles propiamente dichos, y en la ley de 26 de octubre de 1941 para las cuestiones enmarcadas en la legislación laboral; cuyos trámites, por otra parte, es de tal importancia, que su omisión engendra la excepción dilatoria 7.^a del artículo 533 de la ley de Enjuiciamiento civil.

No interesa aquí, a los efectos de la cuestión que nos ocupa, determinar cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de este trámite. Cualquiera que ella sea es lo cierto que es indispensablemente previo a la contienda jurisdiccional civil con el Estado y que ese "apurar la vía gubernativa" trae necesariamente tras sí una decisión de la autoridad superior administrativa en el Ramo de que se trate, que niega el derecho de que el particular se cree asistido, y por lo mismo ese derecho así desconocido, y, por tanto, la razón sinrazón de la decisión que lo

desconoce, es lo que se somete al conocimiento del tribunal civil ordinario.

Si se dijese que aquí no hay mandato ni orden propiamente dicha sometida a discusión, ni tampoco derecho de orden administrativo en litigio, contestaríamos que aun siendo ello verdad en términos estrictos, también lo es que en uno y otro caso se trata de una decisión estatal de Autoridad y que ésta, tanto cuando impone una obligación como cuando niega un derecho reclamado en el orden civil, ejerce la augusta función de "mandar", de "disponer", de "definir", que es el atributo esencial que la caracteriza; y en cuanto a la distinción entre derechos administrativos y civiles, replicaríamos que, aparte de ser ella en no pocos casos un problema sumamente arduo, ninguna diferencia hay, a los efectos de nuestra argumentación entre la negativa o el desconocimiento de un derecho de una u otra índole cuando la cuestión se desenvuelve en el terreno meramente conómico. Hágase el paralelo entre la reclamación producida contra la aplicación de un Reglamento tributario, ya sea sobre obligación de contribuir, ya sobre la cuota aplicada; contra una clasificación dimanante del Estatuto de Clases Pasivas, o contra la adjudicación producida en un remate o en una concesión administrativa, entre otros múltiples ejemplos que se podrían citar, y cualquiera de las innúmeras contiendas que pueden surgir entre derechos rigurosamente civiles del Estado y de los particulares, desde la discusión de la propiedad de un inmueble hasta la obligación de responder el Estado como patrono de un accidente del trabajo en cualesquiera de las obras o servicios que directamente tiene a su cargo, y se verá cómo se desvanece todo lo que pueda parecer diferenciación sustancial, y cómo, en último término, llegamos a la indudable conclusión de que uno y otro camino nos llevan al punto común de ser puesta en tela de juicio una decisión de la Autoridad. Y si para ésta no hay desdoro ni des prestigio en ser litigante en el terreno del Derecho civil, tampoco parece que haya de haberlo en aquellos otros casos en que la discrepancia arranca de un Reglamento o disposición del orden que hemos convenido en llamar administrativo, siempre que su carácter sea patrimonial y no del campo del Derecho Político.

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

Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado

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

Resolución de 9 de marzo de 1942 (B. O. de 18 de marzo).

Por D. Alejo Molina Márquez se otorgó testamento el 7 de julio de 1909, ante el Notario que fué de Murcia D. Isidoro de la Cierva Pañafiel, en el cual figuran las siguientes cláusulas: "Undécima: Instituye, elige y nombra por sus únicos y universales herederos a su señora madre doña Magdalena Márquez y Fuentes y a su señora esposa doña Filomena Mejías Rebagliato. La primera llevará en pleno dominio la parte que en concepto de legítima le señale el Código civil y la segunda percibirá en usufructo, durante los días de su vida, el remanente de los bienes del testador después de cubrir la legítima de doña Magdalena Márquez y Fuentes, o todos los del D. Alejo Molina Márquez, si su citada señora madre no le sobreviviese, ni llegare, por tanto, a adquirir el derecho de suceder a su hijo." "14. Establece dos misas rezadas diarias a perpetuidad, con el estipendio cada una de ellas de dos pesetas cincuenta céntimos, que habrán de decirse en sufragio y por la intención del testador: una de ellas en la iglesia parroquial de San Lorenzo, de esta ciudad, y la otra, en la capilla de las Siervas de Jesús, también de esta población, pasando esta última a dicha parroquia de San Lorenzo en el caso de que por cualquier motivo se su-

primiese dicha capilla. Los sacerdotes que digan las expresadas misas vendrán, además, obligados a enseñar la doctrina cristiana a los niños de la parroquia de San Lorenzo, turnándose en esta santa misión por días, semanas o meses, según convenga, y todo bajo la inspección del señor Cura Párroco.—El capital necesario para pago de dichas misas se constituirá en papel de la Deuda Pública del Estado, a ser posible intransferible, y se entregará al señor Obispo de la Diócesis, rogando el testador al respetable Prelado que ahora o en lo sucesivo desempeñe tan elevado cargo, procuren que en todo tiempo quede cumplida su voluntad.—Autoriza a su señora esposa para que venda la finca o fincas que sean necesarias y su producto lo emplee en establecer, al menos, una de las dos misas diarias que deja establecidas; y si quisiera establecer las dos misas, también queda autorizada para proveerse, con el valor en venta de las fincas que se le adjudiquen, el capital que necesitare. En otro caso, o sea cuando doña Filomena Mejías Rebagliato no haya realizado íntegramente la voluntad del testador contenida en esta cláusula, se encargarán los albaceas, que después nombrará, de vender bienes bastantes para cumplir este encargo tan pronto como ocurra el fallecimiento de dicha señora y haya terminado el usufructo que sobre los mismos tenga.” “Décimaquinta: También es su voluntad que una vez fallecida su esposa y terminado el usufructo que a su favor establece, bien lo haya sido de todos sus bienes o de parte de ellos, según que esta sola heredera le haya sobrevivido o sean ella y doña Magdalena Márquez las sobrevivientes, y, asimismo, en el caso de que su esposa fallezca antes que el testador, se vendan por los albaceas, que después nombrará, todos los bienes que la citada doña Filomena Mejías hubiera usufructuado o los que hubiere tenido derecho a usufructuar al sobrevivir a su esposo y con su producto se establezcan la misa o misas rezadas a que se refiere la cláusula anterior, si ya no estuvieren establecidas; se entreguen cinco mil pesetas en metálico a la Comunidad de Religiosas de Santa Ana de esta ciudad; otras cinco mil pesetas a las de Santa Isabel, asimismo de esta población; otras cinco mil pesetas a las Capuchinas, de esta misma ciudad, y el resto se emplee en papel de la Deuda pública del Estado y se entregue a la Superiora de las Religiosas Oblatas que se encuentran establecidas en esta población, para que utilicen las rentas de dichos valores públicos en el sostenimiento de su Asilo. En el caso de que las Oblatas desaparezcan de Murcia, cualquiera que sea el motivo, pasará el capital, que a las mis-

mas deja, al señor Obispo de la Diócesis, para que lo distribuya entre los Establecimientos de Beneficencia, así públicos como particulares, de esta ciudad, en la proporción que considere más conveniente."

Por fallecimiento del testador se dividieron los bienes hereditarios con arreglo al citado testamento, y las operaciones particionales se autorizaron y protocolizaron por escritura, de la cual dió fe el mismo Notario Sr. Cierva el 10 de febrero de 1910. En tales operaciones se adjudicaron a la viuda doña Filomena Mejías, bienes en usufructo, con facultad de vender la finca o fincas que fueren necesarias para establecer con su precio la misa o las dos misas dispuestas por el causante en la cláusula 14 del testamento; incluyéndose en tales fincas una sita en el término de Murcia denominada "Torre-Alquería".

Mediante escritura autorizada en Alquerías, término municipal de Murcia, el 21 de agosto de 1940, por el Notario D. Pedro Bañón Pascual; la nombrada viuda, de setenta y nueve años, vendió a D. José María Payá Tomás una parcela, segregada de la indicada finca, por el precio confesado de 5.000 pesetas, haciendo constar que el usufructo de la porción vendida se valoró en quinientas pesetas y la nuda propiedad en las 4.500 pesetas restantes, cuya escritura o primera copia de la misma presentada en el Registro de la Propiedad de Murcia fué suspendida en cuanto a la inscripción de la nuda propiedad, "porque teniendo doña Filomena Mejías limitadas sus facultades para vender, en cuanto el producto de la renta sea necesario y suficiente para el establecimiento de dos misas fundadas por su esposo, D. Alejo Molina Márquez, se hace necesario que, con intervención de los herederos de este señor, se determine dicho límite o que, por lo menos, prestén su asentimiento a la enajenación aquéllos, lo que no resulta justificado. Se tomó anotación preventiva a instancia verbal del presentante."

Interpuesto recurso gubernativo por el comprador, la Dirección, revocando el auto presidencial que desestimó la nota del Registrador, ratifica ésta por los siguientes, interesantísimos,

Considerando: que, según prescriben los artículos 470 y 675 del Código civil, los derechos y obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; y toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador; y referidos estos preceptos a la transcrita cláusula décimocuarta, re-

sulta, sin duda alguna: que el marido de la usufructuaria no confirió a éstas facultades omnímodas para la venta de los bienes usufructuados, cuyo ejercicio podría hacer ilusorio el derecho de los nudo propietarios, sino que las atribuciones concedidas se contraen a la realización de una finalidad concreta, consistente en la fundación de una o dos misas diarias con un estipendio prefijado;

Considerando que los demás antecedentes del recurso—sin entrar en el análisis de las interesantes alegaciones de los albaceas—conducen a la conclusión de que las ventas de bienes usufructuados realizadas por la viuda o en su nombre alcanzaron una cuantía que el Registrador estimó fundadamente que excedió de la necesaria para cumplir la última voluntad del causante; y, por lo tanto, no se extralimitó en la función calificadora que las leyes le asignan, sino que, por el contrario, las interpretó rectamente, al rechazar, en cuanto a la nuda propiedad, la inscripción de la escritura de venta del pleno dominio del inmueble efectuada, sin mediar la conformidad de los nudo propietarios, por una usufructuaria cuyo poder dispositivo aparecía agotado económicamente a consecuencia de haber otorgado otras ventas de bienes usufructuados;

Considerando que la improcedencia de la inscripción en el caso que motiva el recurso no difiere esencialmente de la que se daría si albaceas, apoderados, padres, tutores, usufructuarios u otras personas autorizadas para la venta de bienes ajenos hasta cierta cantidad, rebasaran, según los asientos registrales, la cifra señalada; sin que ni moral ni jurídicamente sea admisible la tesis de que la actuación oficial del Registrador al calificar y la de sus superiores jerárquicos al resolver los recursos interpuestos contra la calificación, sean tan restringidas que no se deba distinguir entre la facultad y la libertad de vender y que no se deba impedir el acceso a los libros hipotecarios de situaciones jurídicas generadoras de lesión del derecho de los nudo propietarios reflejado en el Registro, singularmente teniendo en cuenta, además, que con la existencia de sucesivos adquirentes a quienes las Leyes concedan el beneficio de la irreivindicabilidad de los inmuebles se podrían irrogar perjuicios irreparables;

Considerando que no es aplicable al caso del recurso la jurisprudencia según la cual queda a la conciencia del usufructuario la apreciación de la realidad de la causa, cuando esté facultado para vender en caso de necesidad; porque no se trata de una autorización a la usu-

fructuaria para vender bienes, con el fin de atender a su subsistencia, sino de un albaceazgo particular unido a un usufructo, sin que el contenido normal de éste sufra alteración en cuanto a los bienes innecesarios para cumplir el encargo piadoso de su marido; y porque examinadas las cláusulas testamentarias que sirvieron de base a dicha jurisprudencia, en algunos casos se prohibía a los nudo propietarios la impugnación de los actos del usufructuario relativos a la enajenación de los bienes afectos al usufructo, con pérdida, si se opusieren a tales actos, de su derecho en la sucesión; en otros se eximia al usufructuario de la obligación de demostrar la existencia de la causa; y, en todos, se interpretó la intención del causante como reveladora de un notorio sentido de liberalidad y de plena confianza, supuestos que no concurren en el presente caso, en el cual el causante previó la posibilidad de que su viuda no fundase las dos misas, y para tal eventualidad dispuso, partiendo evidentemente de la convicción de que el valor de los bienes usufructuados es muy superior a los gastos de creación de las mismas, que los albaceas las establezcan y, además, den al resto de la herencia el destino benéfico ordenado por el testador;

Considerando que los Registradores de la Propiedad, según repetidas decisiones de esta Dirección General, pueden y deben calificar teniendo en cuenta los asientos de presentación o de otra clase que guarden relación con los documentos sujetos a Registro, así como otros títulos, que también relacionados con tales documentos, estén pendientes de despacho, con el justificado propósito de procurar el mayor acierto posible en la calificación y de evitar que obtengan la protección del Registro actos o contratos ineficaces, toda vez que, según se dice en la magistral "Exposición de motivos" de la Ley Hipotecaria: "El Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquéllos a que las leyes niegan fuerza coactiva";

Considerando que en el artículo 86 del Reglamento Hipotecario y en varias Resoluciones se consigna expresamente que, transcurridos los plazos de vigencia de los asientos de presentación y de las anotaciones preventivas, podrán ser presentados de nuevo los títulos que hubieren sido calificados; y los Registradores tienen obligación de extender la nota calificadora que corresponda manteniendo o modificando la anterior; y, por lo tanto, si la legislación y la jurisprudencia permiten que los Registradores varíen, si lo estimasen justo, la califi-

cación hecha, con mayor motivo estos funcionarios, podrán formularla libremente cuando, como sucede en el presente caso, no implica rectificación de criterio, porque recayó no sobre título ya censurado, sino sobre una venta que no había sido calificada y que efectuó por sí sola la usufructuaria con carencia de poder dispositivo derivada lógicamente del hecho de haber otorgado otras ventas ya inscritas;

Considerando, por último, que, conforme a reiterada doctrina de este Centro directivo coincidente con lo prescrito en el artículo 78 del citado Reglamento, la calificación hipotecaria se entiende limitada a los efectos de extender, suspender o negar la operación solicitada y no impedirá el procedimiento que los interesados puedan promover ante los Tribunales de Justicia ni prejuzgará su resultado.

La resolución precedente ensancha sobremanera la facultad calificadora de los Registradores. Es un paso decisivo en la función de los mismos como Jueces territoriales. Continuando el camino emprendido por este fallo la fe en los libros hipotecarios—tan arraigada en las más ricas regiones de España—aumentará considerablemente.

Pero sin tildarlo de excesivo, tememos que el Recurso o fallo del mismo transcrita dé lugar a vacilaciones en la fijación del límite para calificar.

“El Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquéllos a que las Leyes niegan fuerza coactiva”; expresa uno de los Considerandos parafraseando la Exposición de motivos de nuestra Ley Hipotecaria. Exacto. ¿Pero hasta qué punto debe el Registro tutelar derechos que los mismos interesados han de cuidar de salvaguardar acudiendo a los Tribunales mediante las acciones oportunas?

Consignase en el tercero de los Considerandos con insuperable maestría, pensando quizás en la anterior objeción, “que con la existencia de sucesivos adquirentes a quienes las Leyes conceden el beneficio de la irreivindicabilidad de los inmuebles se podrían irrogar perjuicios irreparables”. Pero esto puede acontecer en cualquier transmisión onerosa. En una simple doble venta.

No. No se trata de una reivindicación la que les compete a los nudo propietarios en el presente caso. Si acaso, de una *Condictio*. Ha existido un *enriquecimiento injusto*, un *lucro a costa* de los nudo propietarios, cuya restitución deben reclamar. (Véase Sohn. *Instituciones*, pág. 403). Pero en la vía oportuna. Ante los Tribunales.

En la defensa de su nota insiste el Registrador en que la usufructuaria no podrá pasar—al vender fincas—del límite preciso para la sustentación de las dos misas. Interpretación que obtiene por lo que expresa el testador respecto a los albaceas para el caso de que dicha usufructuaria muriese sin haber establecido las misas de que aquéllos venderán “bienes bastantes para cumplir este encargo”.

Sobre no dejar de ser esto una interpretación en cuanto a la usufructuaria, repetimos, pretender que el Registrador exija el concurso de los nudo propietarios para el otorgamiento de las ventas que se otorguen con tal fin, nos parece dudoso. A tanto equivaldría—y con más razón—como, por ejemplo, a la exigencia por dicho funcionario de un inventario y tasación de los bienes que se reservase un donante para vivir conforme a sus circunstancias. Y ya sabemos cómo rechazó el Centro Directivo esta pretensión.

La Dirección, centrando—al fin—magníficamente la cuestión perfila una nueva modalidad jurídica, atisbando en la institución usufructuaria con facultad de vender para una finalidad determinada, construída en el testamento, un *albaceazgo particular unido a un usufructo*, sin que el contenido normal de éste sufra alteración en cuanto a los bienes innecesarios para cumplir el encargo piadoso.

Así definitivamente enfocado el problema nada se puede objetar a la Resolución comentada, cuya total lectura recomendamos, y en la que una vez más se pone de manifiesto el alto fin moral perseguidos tanto por los Registradores como por sus superiores jerárquicos.

* * *

Idénticas en todas sus partes son las Resoluciones de 28 de marzo, 28 de abril y 7 de mayo de 1942. (B. O. de 10 de abril, 16 y 26 de mayo.)

G. CÁNOVAS Y COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad

La Jurisprudencia del Tribunal especial sobre contratación en zona roja

Continuamos la exposición sistemática de la labor jurisprudencial del Tribunal especial creado a base del art. 21 de la Ley del 5 de noviembre de 1940 (véase REVISTA CRÍTICA, número 165, páginas 108 a 114).

A. *Sentencias de Derecho material.*—Las sentencias que tenemos a la vista se refieren o al art. 2.^o o al art. 9.^o de la Ley especial.

1) Art. 2.^o: Se trata de dos sentencias. La resolución del 3 de enero de 1942 enfoca un caso en que el demandado había ocupado una finca sin permiso de su propietario, el demandante, con la sola autorización del Ayuntamiento marxista de Algemesí. Después de la ocupación el demandante firmó los recibos de pago de alquiler que el demandado le presentaba y en los cuales este último apoya su tesis de la ratificación del contrato de arrendamiento. Sin embargo, debe rechazarse dicha tesis, ya que la firma de los recibos se debía a coacción ejercida por el demandado. En la sentencia del 26 de marzo de 1942 se aplica asimismo el art. 2.^o de la Ley especial por apreciar el Tribunal la existencia de coacción.

2) Art. 9.^o: Todas las sentencias en cuestión giran en torno de la Orden del Ministerio de Justicia del 4 de diciembre de 1941 ("B. O." del 7; Suplemento de esta REVISTA CRÍTICA número 429; véase REVISTA CRÍTICA, número 165, pág. 109). Esta dispone, en su art. 1.^o, que el beneficio de condonación debe igualmente aplicarse en los casos y proporción señalados en la Ley especial, aunque los intereses moderables hubiesen sido satisfechos total o parcialmente en moneda nacional con posterioridad a la liberación. La Sentencia del 4 de febrero de 1941 concibe la mencionada Orden como "complemento preceptivo e interpretación auténtica de la Ley especial y, por tanto, de observancia rigurosa". La Sentencia de 3 de febrero de 1942 ya aplicó la Orden y falló, que, en consecuencia, podrá el deudor reclamar las cantidades que resultan abonadas excesivamente con arreglo a una liquidación practicada en atención a la misma norma. La Sentencia de 28 de febrero de 1942 establece, que, para aplicar la Orden de 4 de diciembre de 1941, hace falta que el pago se haya realizado

en moneda nacional con posterioridad a la liberación, requisitos éstos que no concurrieron en el caso de autos.

· B. *Sentencias de Derecho procesal:*

1) Incompetencia de jurisdicción: La Sentencia de 26 de enero de 1942 declara que la validez de una compraventa celebrada el 20 de mayo de 1936 no puede discutirse ante el Tribunal especial por incompetencia de jurisdicción, sin que obste el art. 8.^º de la Ley especial que suspende la obligación de cumplir los plazos contractuales estipulados con anterioridad al 18 de julio de 1936 hasta dos meses después de la liberación del lugar correspondiente, puesto que carece de virtualidad para atraer a esta jurisdicción acciones derivadas del Derecho común.

2) Excepciones dilatorias: La Sentencia del 19 de noviembre de 1941 aborda un caso procesalmente muy interesante. El demandante otorgó durante la guerra un poder notarial a favor de su mujer, la cual, según él dice, le coaccionó a este efecto. La mujer vendió a base del poder varias fincas a la hija común de ambos. El demandante entabla demanda contra su hija en su propio nombre y en el de su mujer, para que se declare nulo el apoderamiento y simulada la compraventa con las consiguientes consecuencias. El demandante suplica en la demanda que se cite para el acto conciliatorio a su mujer, "por la especial contextura de la acción que ejercitaba". El Tribunal especial sienta la siguiente doctrina: "Lo que se acaba de concretar pone de manifiesto la incongruencia y contradicción con que ha procedido el actor en su ejercicio de la acción de nulidad, concedida por el art. 2.^º de la Ley de 5 de noviembre de 1940, además de en su nombre en concepto de representante legal de su mujer, al solicitar al propio tiempo que se cite a ésta al acto de conciliación, exigido como trámite previo por el art. 20 de la Ley citada, con lo que, sin designarla de expresa manera como demandada, la viene a atribuir también esta calidad, pretendiendo obtener en el juicio sin su intervención unas declaraciones notoriamente contrarias al interés de la misma, por lo que es opuesto el que ambos tienen en el pleito; y esto sentado, no es difícil advertir la procedencia de las excepciones dilatorias 3.^a y 6.^a del art. 533 de la ley de Enjuiciamiento civil propuesta por la parte demandada en su escrito de contestación, en cuanto a la primera de ellas, porque si bien el poder general para pleitos otorgado por el marido a favor de un Procurador es suficiente para que éste pueda representar en juicio a la

mujer, aunque no se exprese que aquél lo otorga en concepto de representante legal de su consorte, esta doctrina no es extensiva a casos en los que, como acontece en el planteado en este pleito, el interés del marido y el de la mujer en el litigio están en oposición; y respecto a la segunda de las excepciones dichas, porque, dado lo que antes se expresa, no es dudoso que la demanda según está formulada adolece de defecto legal suficiente para determinar la excepción en cuanto encaminándose a obtener la ineficacia de contratos en los que fué parte la mujer del demandante, se pide que se cite a ésta para un trámite conciliatorio como si se la demandase, y no obstante imputarla hechos productores del vicio de nulidad que se alega, no aparece fijado en el referido escrito con claridad y precisión que contra ella se propusiera la demanda, con lo que tendiéndose a esta finalidad ha venido a quedar excluida su intervención en el pleito. Aun en el supuesto de que cupiera prescindir de cuanto antecede, no por ello se habría de estimar la demanda, porque, según tiene declarado con reiteración el Tribunal Supremo al interpretar el art. 1.302 del Código civil, se infringe este artículo cuando no se dirige la acción de nulidad contra todos los interesados en ella, condición precisa para evitar el que sean condenados sin ser oídos los que no hayan sido emplazados en el pleito, ya en virtud de los efectos que procediéndose así habría de producir la ejecutoria de nulidad, ya porque, aun suponiéndose que a los ausentes del pleito les quedara a salvo su acción en otro litigio en virtud de la que pudieran obtener una declaración ejecutoria contraria, resultaría un conflicto insoluble entre ambas en la respectiva ejecución de una y otra."

Esta sentencia origina diferentes dudas. *En primer lugar*, supuesto de que haya un interés opuesto entre marido y mujer, lo que excluiría la representación de la última por el primero en aplicación analógica del art. 165, párrafo 1.º del Código civil, ¿no procedería la excepción dilatoria del núm. 2.º y no la del núm. 3.º del art. 533 de la ley de Enjuiciamiento civil? En efecto, la insuficiencia del poder del Procurador es sólo un efecto del hecho de que el demandante carece de la representación que reclama. En honor a una pulcra sistemática conviene limitar la insuficiencia del poder a los casos en que o el mandato no se extiende al acto que en virtud de él trate de ejecutar el Procurador o en que el poderdante carecía de capacidad de obrar al apoderar al Procurador, mientras que reviste personalidad para el litigio. Piénsese,

por ejemplo, en que sufría un ataque de locura al apoderar al Procurador. Sólo así podemos delimitar los números 2.º y 3.º del art. 533, puesto que, en caso contrario, la falta de representación llevaría pareja a la vez la insuficiencia del poder. Ahora bien; puede dudarse mucho de si en el caso presente existe un conflicto de intereses entre el marido y la mujer. La finca reclamada está actualmente en manos de la hija, que es su propietaria aparente. Si la demanda tuviese éxito, la finca vuelve a la sociedad conyugal, de la que salió a base del contrato de compraventa, beneficiando así a la vez al marido y a la mujer. No se debe oponer a estas consideraciones jurídicas que prácticamente la finca está ahora en manos de la mujer, que se sirvió para esta finalidad de su hija, mientras que el demandante aspira que se encuentre en sus manos como administrador de la sociedad conyugal. El punto de vista jurídico prevalece frente al ángulo práctico. En *segundo lugar*, excepciona la demandada defecto legal en el modo de proponer la demanda en virtud del núm. 6.º del art. 533 de la ley de Enjuiciamiento civil. Esta excepción se desdobra de la siguiente manera: por un lado, no se puede desprender con claridad de la demanda de si ésta se dirige o no se dirige contra el cónyuge del demandado; por otro lado, pecaría de incompleta si no se dirigiera contra el cónyuge afectado en sus intereses por la súplica de la demanda. La *falta de claridad* resulta de la contradicción que, en el entender del Tribunal, existe entre el hecho de que el demandante declare representar a su mujer y el hecho de que la cita para el acto de conciliación. Sin embargo, ambos hechos nos parecen fácilmente explicables y compatibles. El demandante reviste la representación de su mujer, porque se trata de una acción de la sociedad conyugal, en cuya victoria ambos cónyuges deben depositar jurídicamente el mismo interés. Sin embargo, dada la actitud de la mujer durante los acontecimientos básicos de la demanda, no puede negarse la conveniencia de que asista al acto de conciliación para influenciar sobre su hija en un sentido reconciliatorio. Creemos, por ende, que las intenciones del demandante, lejos de ser contradictorias, son completamente comprensibles y razonables, dada "la especial contextura de la acción que ejercitaba". Más grave paréjenos el *segundo ataque* librado por la demandada contra la demanda: ésta debía dirigirse no sólo contra la hija, sino además contra la mujer del demandado. En efecto, tratándose de la anulación de actos celebrados por la mujer sin autorización del marido en virtud de los arts. 65, 1.300 y siguientes del Cód.

digo civil, la acción anulatoria debe dirigirse según la jurisprudencia (véase, por ejemplo, S. 19. XI. 1941 en REVISTA CRÍTICA, 1942, páginas 126, 127) contra la mujer y la otra parte contratante. Suspendamos por un momento la discusión de esta jurisprudencia y limitémonos al examen de si esta jurisprudencia es aplicable a nuestro caso. El demandante quiere conseguir la nulidad de la compraventa, y alega para esta finalidad como fundamentos jurídicos la nulidad del poder de la mujer y la simulación del contrato de compraventa. Las alegaciones jurídicas, aunque lleguen hasta la súplica, no vinculan al Tribunal, que tiene deber y derecho a buscar y hallar la fundamentación jurídica adecuada. Ahora bien; analizando el contenido de la demanda, se desprende con facilidad que la validez o la nulidad del mandato es cuestión independiente con relación a la simulación de la compraventa, puesto que, aun siendo válido el mandato, resultaría nula una compraventa simulada. En efecto: la mujer ha celebrado un contrato de compraventa en representación de su marido. Si ella celebra un contrato simulado, éste no vincula al representado, ya que, según la teoría dominante de la representación, es la persona del representante la que decide de si existen vicios de la voluntad (véase *Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil*, Marburg, 1931, ed. 13, § 169, II, 1, a., p. 556). De ahí resulta que no se trata de la anulación de un contrato que la mujer celebra sin licencia marital, sino de la impugnación de un contrato por el representado por haber habido simulación de parte del representante (y, claro está, de parte del otro contratante). La diferencia esencial entre ambas hipótesis consiste, por tanto, en que en la primera la mujer es parte del contrato no autorizado, mientras que en la segunda no lo es, porque sólo representa a su marido. Por esta razón, no ha de dirigirse la demanda contra la mujer, puesto que la anulación de la compraventa no la perjudica, sino más bien la beneficia, como hemos visto más arriba. Finalmente, algunas palabras acerca de la jurisprudencia antes mencionada, según la cual la demanda, con arreglo a los arts. 1.300 y siguientes del Código civil, debe dirigirse contra la mujer y su parte contratante. La necesidad del litisconsorcio puede expresarse de doble manera: o de guisa que una demanda no dirigida contra todos los litisconsortes resulta defectuosamente propuesta, o de suerte que la sentencia dictada contra un litisconsorte produce efectos de cosa juzgada contra los demás, aunque no hayan litigado. Encontramos ejemplos de la primera hipótesis en los ar-

tículos 1.150, 1.166, etc. Ley de Enjuiciamiento civil, 1.053 del Código civil, y de la segunda, en los arts. 1.144, 1.252, párrafo 3.º, etc. Código civil. Convendría investigar las causas de la diferente reglamentación y los casos atribuibles a una y otra hipótesis (1).

3) Preceptos generales sobre documentos: El Auto de 18 de febrero de 1942 establece que los arts. 506 y 504 de la ley de Enjuiciamiento civil se refieren sólo a los documentos que afectan al fondo del pleito y no a los que tienen por objeto acreditar el carácter o representación con que los litigantes comparecen en el proceso. El Auto del 14 de febrero de 1942 declara que los arts. 508 a 512 de la ley de Enjuiciamiento civil no se refieren a documentos aportados con la contestación, sino a los aportados después del término de prueba.

4) Procedimiento incidental: El Auto de 14 de febrero de 1942 interpreta el art. 19 de la ley Especial, según el cual se someten al procedimiento incidental los procesos cuya cuantía excede de 1.000 pesetas, en el sentido de que los preceptos del procedimiento incidental ya se aplican a la misma demanda. El Auto del 10 de febrero de 1942 aplica los arts. 750 y 751 de la ley de Enjuiciamiento civil.

5) Recurso de nulidad: El Auto de 14 de febrero de 1942 declara que el recurso de nulidad de actuaciones sólo cabe cuando se han apurado sin éxito los recursos ordinarios. La Sentencia de 3 de marzo de 1942 niega a las copias que deben acompañar a todo escrito (artículos 515 y 516 de la ley de Enjuiciamiento civil) el carácter de actuaciones judiciales a los efectos de los arts. 248 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, no pudiendo dar lugar, por ende, sus inexactitudes u omisiones al recurso de nulidad de actuaciones.

LA REDACCIÓN.

(1) Véase sobre estos problemas James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage* (Verlag Julius Springer, Berlín, 1925), § 34, págs. 526 y siguientes. El primer caso es el del litisconsorcio necesario auténtico: el *litisconsorcio necesario en el momento de la demanda*. Forman parte de este grupo acciones constitutivas de personas que se encuentran en una comunidad jurídica respecto al derecho al cual se sefieren dichas acciones. Se puede discutir de si la omisión de entablar demanda contra todos los litisconsortes necesarios produce una demanda defectuosa (art. 533, núm. 6.º, ley de Enjuiciamiento civil) o falta de legitimación pasiva, lo que, según la doctrina, originaría la excepción dilatoria del artículo 533, núm. 5.º, ley de Enjuiciamiento civil, y según el Tribunal Supremo engendraría una excepción perentoria. El segundo caso es el del *litisconsorcio necesario en el momento de la cosa juzgada*. En esta hipótesis el litisconsorcio es tan poco necesario que se puede hablar de un litisconsorcio superfluo, ya que la sentencia contra un litisconsorte produce efectos contra otro, aunque no haya pleiteado.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1942.—*Legitimación; impugnación del reconocimiento de hijo natural.*

El demandante es sobrino y heredero testamentario de una señora cuyo marido reconoció al demandado como hijo natural. El demandante impugna, entre otras cosas, la validez del reconocimiento del hijo natural.

I. Uno de los requisitos necesarios para poner en juego la tutela mediante la que el Estado protege el orden jurídico privado, y para que el particular pueda obtener una sentencia favorable, es la concurrencia de la cualidad para obrar o legitimación de las partes (*legitimatio ad causam*), tanto en su aspecto de facultad de demandar (legitimación activa) como en su aspecto de obligación de soportar la carga de ser demandado (legitimación pasiva), y es notorio que si la acción no se ejercita por el titular del derecho litigioso o de la acción discutida, esa legitimación exige la prueba—por lo común, en forma documental—de la transmisión de derechos en que funda el actor su cualidad de parte, como claramente resulta del artículo 503 de la ley de Enjuiciamiento civil. En el caso presente era necesario que el actor hubiese acreditado suficientemente su título hereditario en el que apoya su pretensión, cosa que no ha hecho, ni siquiera intentado, pues no consta que haya pedido en ningún momento la declaración de ser tal heredero a virtud de concurrir en su persona las circunstancias que la referida señora impuso a la institución de heredero hecha a favor de sus sobrinos carnales que al tiempo de su fallecimiento estuviesen en España, sin designarlos nominalmente.

II. Como exigencia especial relativa a la acción impugnatoria del reconocimiento de la filiación natural, el artículo 138 del Código civil establece que dicha acción puede ser ejecutada por aquellas personas a quienes el reconocimiento perjudique, lo que significa, según declaró esta Sala en sentencia de 28-IV-1915, que la repetida acción no es de carácter público y carecen de ella quienes no acrediten hallarse comprendidos en la hipótesis del citado precepto. El actor no se encuentra en tal hipótesis. No es heredero forzoso del padre natural, ni tampoco pariente del mismo en quien hubieran recaído los bienes constitutivos del caudal relicto en caso de invalidez del repetido reconocimiento, ni siquiera podría considerarse perjudicada a tales efectos a su tía, de quien el actor dice, sin demostrarlo, traer causa, pues sus derechos a la cuota viudal, conforme al artículo 837 del Código, no sufren modificación; alguna por la concurrencia del hijo natural reconocido; y el derecho eventual a la sucesión intestada que aduce el recurrente no es en modo alguno invocable, cuando no se demuestra que pueden mediar las condiciones nece-

sarias para la apertura de dicha sucesión, y, por el contrario, existe una institución hereditaria cuya validez no cabría rechazar ni aun dando por supuesta la anulación que se pretende del reconocimiento de la filiación natural discutida, ya que ni en la cláusula por la que el marido instituyó "único heredero en todos sus bienes, derechos y acciones a su mencionado hijo natural reconocido Domualdo" hay una expresión clara de la causa o motivo de la institución, ni en todo caso se ha probado, como sería necesario según el artículo 767 del repetido Código civil, para que la falsedad de la causa llevase consigo la insubstancialidad de la disposición, que el testador no hubiera hecho el nombramiento de heredero de haber podido conocer la nulidad del reconocimiento o la inexistencia de la filiación natural que la sirvió de base.

SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1942.—Concepto de acreedor (art. 140 del Código de Obligaciones y Contratos, vigente en la Zona del Protectorado español en Marruecos).

El demandante suministró al demandado material de construcción, siguiendo suministrándole dicho material después de haberse unido el demandante a otra persona para formar una Sociedad de responsabilidad limitada, así como después de haberse disuelto la mencionada Sociedad, cuyo activo y pasivo pasaron al actor al disolverse la Sociedad por escritura pública inscrita en el Registro mercantil. El Tribunal Supremo afirma, en vista de estos hechos, la calidad del demandante como acreedor del demandado.

SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1942.—Alimentos.

El recurrente niega su deber de pagar alimentos a la demandante, porque, habiéndose adjudicado en pleno dominio a los hijos menores de ambos litigantes bienes y valores por cuantía de 985.100 pesetas como herencia de sus abuelos paternos, ha de entenderse que ha cesado la necesidad, en tanto no se demuestre que subsiste, ya que a la madre corresponde el usufructo sobre tales bienes. Pero hay que reconocer que, dadas las amplísimas facultades que el testamento confirió a los administradores, hasta el punto de equipararlos en cuanto a ellas a un buen padre de familia, pueden discrecionalmente dar a los rendimientos de tales bienes la aplicación que juzguen conveniente, destinándolos, por ejemplo, a gastos de educación de dichos menores, o bien a mejoras e incrementos de los mismos bienes, casos en los cuales nada podrá percibir la demandante. Por lo tanto, hay que aceptar el fundamento en que la sentencia se apoya al estimar que no puede dejarse a la madre demandante a merced de la voluntad de los administradores, sino que es preciso independizarla de tal mediatisación y ponerla a cubierto de las contingencias de la vida mediante el reconocimiento de su derecho a alimentos.

SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1942.—Defensa por pobre.

Si bien, con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal, la occultación de medios de fortuna en relación a los requisitos prevenidos para las demandas en el artículo 26 de la ley de Enjuiciamiento civil determina la denegación del beneficio de defensa gratuita, la sentencia de 18-XI-1941 ha venido a aclarar esa doctrina en el sentido de que no toda occultación de esa índole ha de producir el mencionado efecto, sino que es preciso que la occultación

sea maliciosa, es decir, que la omisión influya en la realidad de la situación económica de los demandantes a los efectos de debérseles o no considerar pobres en sentido legal.

SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1942.—*Nulidad de actuaciones.*

Por precepto expreso del artículo 1.690 de la ley de Enjuiciamiento civil, para que la sentencia recaída en un incidente sea susceptible de recurso de casación es preciso que lo resuelto en la misma ponga término al pleito principal, haciendo imposible su continuación. En atención a que el incidente de nulidad de actuaciones es de carácter extraordinario, lo mismo en cuanto a su procedencia que en cuanto al procedimiento, en el cual sólo deben ventilarse cuestiones de forma, pues las de fondo quedan reservadas para el juicio declarativo correspondiente, la jurisprudencia de esta Sala tiene establecido en reiteradas declaraciones que las sentencias que recaen en esta clase de incidentes no tienen el concepto de definitivas, y menos cuando deniegan la nulidad, porque entonces, lejos de poner término al juicio, facilitan su prosecución. En la demanda incidental que origina este recurso se solicita la nulidad de las actuaciones del juicio voluntario de testamentaria; y se alega para ello que un contador testamentario había practicado con anterioridad a la incoación del expresado juicio la partición de los bienes hereditarios; y el Tribunal de instancia resuelve limitándose a desestimar la demanda y absolver de la misma a los demandados; y a este fallo, cualesquiera que sean los fundamentos, no debe atribuirse otro alcance que el que resulta de sus términos ya expresados, ni cabe negar que la validez y eficacia de las operaciones participionales del contador testamentario, si sobre ello no llegan a un acuerdo los interesados oportunamente, podrán ser discutidas por éstos y por el aludido contador en el correspondiente juicio declarativo, como ya sostuvieron los hoy recurridos en la contestación a la demanda.

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1942.—*Artículo 1.902 del Código civil.*

Los actores fueron destituidos de sus puestos como funcionarios del Ayuntamiento de Cangas de Onís, entre otras personas, por el demandado, que en septiembre de 1936 se apoderó por acto de fuerza de la Casa Consistorial. Los demandantes reclaman el pago de sus sueldos, basándose en el artículo 1.902 del Código civil. La Audiencia de Oviedo estima la demanda, reputando que las Corporaciones municipales del Estado Nuevo no son continuadoras de la personalidad del Municipio durante el período de dominación roja, ni asumen las cargas y responsabilidades derivadas de actos de los miembros marxistas sin legitimidad en su actuación, teniendo el daño de los demandantes su causa en un acto ilegítimo del demandado. El recurso de casación del demandado no tuvo éxito.

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1942.—*Contrato preparatorio de una servidumbre.*

El documento de 14-XII-1921 no concede *in actu* a M. derecho sobre el fundo de G., sino que, refiriéndose al supuesto de que se hiciese alguna instalación en el predio perteneciente al primero, declara podrá, si tal evento llega a producirse, utilizar el apartadero existente en la finca del segundo, mediante

el pago de una cantidad que habrá de determinarse computando el importe de los gastos de conservación, los ya efectuados en la adquisición de terrenos, instalación de vías y demás según su coste. Si se tiene en cuenta, de una parte, el carácter condicional de las estipulaciones pactadas, en contemplación, no a la realidad entonces presente, sino a una meramente posible y aún no producida, según se infiere del tercero de los pedimentos del *suplicio* de la demanda, y se considera, además, que tampoco aparece haya sido satisfecha la cantidad estipulada en favor de G., aparece manifiesto que dicho contrato no alcanza el rango de título de constitución de un *jus in re aliena*, y originó solamente una situación de derecho preliminar, productora de un *jus obligationis*, facultad en favor de M. para exigir de G., mediante el pago de la cantidad pactada, constitución del gravamen cuando llegue el momento de hacerse la instalación de referencia.

SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1942.—*Interpretación de un contrato de seguro.*

La demanda se basa en el contrato de seguro celebrado con la Sociedad demandada, en 9 de diciembre de 1933, contra toda clase de accidentes corporales, incluso el atentado personal, que sufriera el asegurado, muerto violentamente el día 5 de octubre de 1934, al tiempo de la revolución llamada de Asturias. El mencionado contrato expresa que no están cubiertos por el seguro los accidentes que el asegurado podía sufrir con ocasión de terremotos, guerras, motín, revoluciones, duelos o riñas. El asegurado, ingeniero de Minas, fué asesinado por los mineros de su empresa, que ya con anterioridad a la revolución de Asturias cometieron un atentado de dicha índole. El debate recae, por ende, sobre el significado de las palabras "con ocasión". El Tribunal Supremo distingue dos significados del mencionado giro: "con oportunidad" y "causado por". El asesinato fué cometido por los mineros aprovechándose de las circunstancias revolucionarias y, por consiguiente, con "oportunidad" de éstas. En cambio, no se trataba de un crimen, cuya causa eficiente ha sido la revolución, lo que demuestra el atentado frustrado anterior a la revolución. El Tribunal Supremo, comparando el caso de la revolución con los demás casos enumerados en el contrato, llega al resultado de interpretar las palabras "con ocasión" en sentido restrictivo, o sea en el sentido de "causado por". La carga de prueba de que existe un hecho causado por la revolución incumbe, como hecho excepcional, a la parte demandada.

SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1942.—*Prescripción de servidumbre.*

En el caso de autos se trata de una servidumbre de luces y vista, constituida en virtud del artículo 541 del Código civil, reconocida por los herederos del que lo constituyó en la escritura de partición, que consigna que la servidumbre no está limitada a los huecos que primitivamente existían, sino que era extensiva a los que pudieran abrirse en lo sucesivo. Después de cincuenta y dos años se aumentó, en efecto, el número de huecos. El recurrente alega la prescripción del derecho de servidumbre, según el artículo 546 del Código civil. El Tribunal Supremo rechaza este motivo: 1.º El artículo 546 se refiere a los casos de extinción total del derecho de servidumbre, y no al de extinción parcial por prescripción de la forma o modalidad del ejercicio, que es el pre visto en el artículo 547, no invocado en el recurso. 2.º Por otra parte, el sim

ple no ejercicio material de la servidumbre, cuando ésta es de naturaleza continua, como la de vistas, no extingue el derecho, pues el citado artículo 546, número 2.º, subordina la pérdida por no uso de las servidumbres continuas a la existencia de un acto obstativo o de oposición a su ejercicio, que no se ha realizado ni se alega siquiera en el caso de autos. 3.º Además, en ningún supuesto podría entenderse, en el caso presente, que los propietarios del fundo dominante hayan modificado la forma o modalidad del ejercicio de la servidumbre de luces y vistas por el hecho de no utilizar durante más o menos tiempo la facultad que se les había concedido para abrir más ventanas en la planta baja de su casa y en los pisos superiores que pudieran levantar, pues esta mera facultad, reconocida como simple posibilidad y derivada a la vez por modo normal del derecho de propiedad, no ofrece materia para ninguna prescripción extintiva.

SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1942.—*Interrupción de la prescripción.*

Lo interesante en este caso es precisar si una demanda que no llegó a admitirse por imperio de lo impuesto en el párrafo 1.º del artículo 462 de la ley Procesal, tiene por sí eficacia bastante para obstar al curso normal del plazo de prescripción, punto éste que, a despecho del alcance que el párrafo 2.º del mismo artículo, da a la omisión de este requisito, ha de resolverse en sentido negativo, por razón de obligada identidad, más que de analogía con la doctrina que, en contemplación del evento de que con la demanda no se acompañen sus copias, tiene establecido este Tribunal, entre otras, por sus sentencias de 4 de octubre de 1907, 31 de diciembre de 1910 y 6 de julio de 1920.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1942.—*Artículo 479 de la ley de Enjuiciamiento civil.*

El plazo del mencionado artículo 479 se cuenta desde el acto de conciliación, y no desde la fecha en que se entregue la certificación correspondiente, contándose los meses, en virtud del artículo 7.º del Código civil, por treinta días.

LA REDACCIÓN.

VARIA

JUAN DEL ROSAL: "En torno al problema de una ciencia del Derecho penal" (Ediciones Escorial, 1941, págs. 89 a 110).

Rosal distingue en el trabajo que tenemos a la vista dos ciencias diferentes recayendo sobre idénticos objetos: el delito, la pena y el delincuente. La primera de estas ciencias puede denominarse "Derecho penal positivo"; la segunda, "Filosofía del Derecho penal". Rosal caracteriza las dos ciencias de la siguiente manera: "En resumen: Nuestra ciencia del Derecho penal estudia los objetos citados haciendo cuestión de ellos; y segundo, adquiere en virtud de la cuestión que hace de estos objetos un nuevo saber. El Derecho penal estudia los mismos objetos, delito, pena, delincuente; pero sin preocuparle la interna problemática de ellos, obteniendo así un saber distinto de la ciencia del mismo nombre. El primero de los saberes es filosófico en sentido estricto; el segundo, de carácter jurídico" (1. c. p. 106).

En efecto, la distinción bimembre de Rosal es de indudable validez. El Derecho penal positivo fué reconocido siempre y es, además, conocido por todos. La Filosofía del Derecho penal fué negada sólo en los tiempos del más exagerado positivismo jurídico; en cambio, no hubo nunca unanimidad respecto a su contenido y al método a seguir. Agradeceríamos, por tanto, al catedrático de Granada una ampliación de su interesante trabajo con referencia a ambos problemas indicados.

Doctor HEINRICH TETZNER: "Los derechos de los acreedores sobre las patentes" (*Deutsche Justiz*, 1941, págs. 1.139 y siguientes).

El derecho a la patente es transmisible con arreglo al párrafo 9.º de la Ley sobre patentes. Muchos autores creen, por ello, que el men-

cionado derecho es embargable desde su nacimiento e independientemente de si el inventor lo ha anunciado e inscrito, queriendo estos autores incluirlo igualmente en la masa patrimonial en caso de un concurso o de una quiebra. Pero esta doctrina es insostenible y consiste en una apreciación exagerada de los elementos patrimoniales en el derecho del inventor. Debemos partir de la investigación de la naturaleza jurídica del derecho del inventor. No se discute que éste se compone de elementos patrimoniales y personales. Gierke (*Deutsches Privatrecht*, I, 854) lo define como "un derecho sobre un producto espiritual dimanante de una creación espiritual y emparentado al derecho del autor". Los elementos personales determinan los límites de los derechos de los acreedores. Los elementos personales no contienen sólo el derecho al honor de inventor, es decir, al reconocimiento de la autoría de la invención. Como todo auténtico derecho personal, éste concede a su portador también y en primer lugar "el dominio sobre una sección de la propia esfera personal" (Gierke, I. c. p. 702). Por ende, el inventor posee respecto a su invención un derecho de autodeterminación en forma tal, que depende de su voluntad de si quiere hacer asequible la invención al público o de si no intenta hacer tal cosa. Mientras que el inventor no manifiesta su voluntad de utilizar económicamente su invención, ésta escapa a los acreedores. El inventor tiene una facultad de publicar su invento análogamente como la posee el autor de una obra literaria o musical. Por tanto, la ejecución forzosa y el embargo concursal o de la quiebra suponen que el inventor ha manifestado su intención de publicar su invento, que es lo que prácticamente ocurre en el curso de la ejecución singular o universal. Aún en esta hipótesis perduran los elementos personales del inventor; sobre todo, el derecho a que se le reconozca como inventor, derecho que precisamente por la publicidad adquiere su verdadero desarrollo. La manifestación del plan de publicar el invento puede realizarse de diferente manera; por ejemplo, por un contrato por el que el inventor se obliga a transmitir sus derechos de inventor, o por las negociaciones sobre tal contrato, o por la exposición pública de la invención, etc. Si el concursado o quebrado utiliza su invento en su propia empresa como procedimiento secreto, el invento pertenece al patrimonio de ésta, ya que el deudor ha manifestado su intención de explotar su invento de manera económica. Dicha intención puede manifestarse hasta antes de la perfección del invento. Al acreedor incumbe la carga de prueba respecto a la em-

bargabilidad del invento. En algunos casos ocurre que el inventor manifiesta sólo la intención de permitir el empleo económico de su invento a una persona determinada. Piénsese, por ejemplo, en personas que trabajan al servicio de una empresa como investigadores. Muchas veces debe en estos casos el inventor directamente la entrega de la invención; de todas maneras, se limita la embargabilidad a las personas que el inventor ha elegido para la explotación económica. De lo dicho resulta que el derecho de un empleado-inventor está expuesto al embargo por la empresa donde el empleado trabaja, ya que éste debe consentir la explotación económica de parte de la empresa. Pero no se debe deducir de esta situación que el empleado consienta lisa y llanamente la explotación de cualquier tercero.

L. SCHMID: "Pena administrativa contra el arrendador" (*Deutsches Recht*, 1942, págs: 308 y siguientes).

El abogado doctor L. Schmid aborda en la revista *Deutsches Recht* un tema muy interesante, puesto que patentiza la "publicitización" del Derecho civil.

Desde la llegada del nacionalsocialismo al Poder, el Derecho penal administrativo ha experimentado una extensión extraordinaria en su esfera de aplicación. La razón estriba en que en el Estado nacionalsocialista la economía debe cumplir las exigencias del Estado. La pena administrativa constituye un medio para lograr la economía dirigida. Este medio existe en triple forma. Deben distinguirse las penas coactivas, las penas disciplinarias y las penas de desobediencia. Las penas encaminadas a conseguir una conducta determinada (penas coactivas) son manejadas no sólo por los Tribunales, sino también por la Policía. La pena disciplinaria, oriunda del Derecho de los funcionarios, se ha infiltrado en el Derecho profesional de aquellas personas cuya profesión constituye una función pública. La pena disciplinaria asegura la disciplina profesional y sanciona infracciones contra ésta. Las penas de desobediencia poseen la mayor extensión. Se encuentran en el Derecho de las ferias rústicas, en el de la economía gremial, en el derecho de los precios tasados y, desde el principio de la guerra, en el derecho que asegura las necesidades vitales del pueblo alemán.

En los tiempos más recientes varios autores (por ejemplo, Herschel, *Deutsches Wohn. Archiv*, 1941, pág. 162; Roquette, *Deutsches*

Recht, 1941, pág. 2.387) proponen la introducción de la pena administrativa en el Derecho arrendaticio urbano para asegurar la comunidad doméstica entre arrendadores y arrendatario. Roquette hace hincapié en que las sanciones son desiguales respecto a arrendadores y arrendatarios. El arrendatario que molesta al arrendador puede ser excluido de la comunidad doméstica mediante la acción rescisoria del arrendamiento. En cambio, no puede ocurrir lo mismo en el caso opuesto. Para colmar esta laguna, proponen los mencionados autores la pena administrativa, graduada según la gravedad de la infracción cometida por el arrendador. No piensan sólo en una multa, sino en la exclusión del arrendador de la administración de la finca urbana y su sustitución por otro administrador; así como, al revés, en la destitución del administrador perturbador, aunque fuera la persona de confianza del arrendador. Los reformistas tienen pensado encargar a los Juzgados Municipales la imposición de dichas penas, los cuales han de asesorarse de representantes, tanto de las organizaciones de los arrendatarios como de representantes de organizaciones de los arrendadores.

El articulista se opone a estos proyectos. En primer lugar, niega una necesidad de hecho para medidas tan graves. El número de relaciones arrendaticias puede calcularse en Alemania en 25 millones. Si se compara este número con el de los pleitos, y el de los pleitos con el en que no consta claramente una conducta culpable del arrendatario, pudiendo haber, por tanto, culpabilidad del arrendador, resulta un número muy reducido, que hace innecesarias las reformas planeadas. En segundo lugar, tampoco existe una necesidad jurídica, puesto que los arrendatarios no están privados de derechos de defensa contra arrendadores molestos. La querella particular protege al arrendatario contra ofensas dirigidas contra él o contra su familia. La posesión del piso disfruta de la protección posesoria. Si el arrendador realiza un acto ilegal, el arrendatario puede pedir judicialmente su omisión. Si el arrendador discute un derecho del arrendatario, éste puede pedir judicialmente la comprobación del derecho mediante acción y sentencia declarativa. Si el arrendador perjudica al arrendatario, éste puede reclamar judicialmente indemnización de daños y perjuicios, sea a base del contrato de arrendamiento, sea por razón de delito. Finalmente, el arrendatario puede pedir judicialmente el cumplimiento del contrato, caso que el arrendador le incumpliere. Las discusiones entre arrendador y arrendatario se originan frecuentemente por divergencias respecto a

la reparación de la cosa arrendada. Si en tal hipótesis los desperfectos no se han producido por culpa del arrendatario, éste tiene múltiples posibilidades para obligar al arrendador a que arregle la cosa arrendada. El arrendatario puede reclamar judicialmente la realización de los necesarios arreglos; puede disminuir la renta hasta que haya desaparecido el desperfecto (§ 537 BGB); también puede retener la renta (§ 320); por otro lado, puede él mismo llevar a cabo las reparaciones y exigir su restitución del arrendador (§ 538, párrafo 2.º BGB). El § 6.º de la Ley imperial sobre arrendamientos establece un proceso administrativo especial para obligar al arrendador a dar cima a trabajos precisos de restauración. Finalmente, el arrendatario puede acudir a la Fiscalía de Viviendas que obligará al arrendador a cumplir con su deber.

Como se ve, disfruta el arrendatario de amplia protección de sus derechos, por lo cual no es preciso la introducción de la medida propuesta, que, además, conduciría a una perturbación del trabajo en los Juzgados Municipales.

Doctor SCHLOTTMANN: "La protección del honor en el Derecho civil" (*Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht*, 1941, número del 1/15 de noviembre, págs. 255 y siguientes).

I.—Introducción.

La jurisprudencia, al aplicar analógicamente los §§ 12, 862 y 1.004 del Código civil alemán, da a la víctima de cualquier agresión una pretensión de exigir la omisión del ataque. En caso de insultos, la jurisprudencia confiere al insultado un derecho a exigir la revocación del insulto y a publicar la sentencia. Finalmente le concede, en ciertas circunstancias, un derecho a pedir informes.

II.—La acción dirigida a pedir una conducta omisiva, sea con fines restitutivos o preventivos.

1) Principios comunes:

a) Competencia de la jurisdicción.

Los Tribunales no están autorizados a intervenir en la decisión de aquellas personas que deben cumplir deberes públicos (véanse senten-

cias del Tribunal Supremo, tomos 128, pág. 34; 145, pág. 147; 150, pág. 140; 159, pág. 257). Por ejemplo, no pueden entablarse demandas encaminadas a lograr una conducta omisiva contra funcionarios (Tr. S. 128, pág. 34; 159, pág. 257), directores de las asociaciones sindicadas en la Cámara cultural del Reich (véase *Juristische Wochenschrift*, 1937, pág. 2.782), etc.

b) Interés de tutela jurídica:

La acción de omisión puede entablarse, aun cuando la conducta a prohibir constituya un delito criminal (Tr. S. 116, pág. 151; 155, pág. 92). Parece que el Tribunal Supremo ha abandonado definitivamente su opinión contraria (manifestada en las sentencias citadas en Tr. S. 151, pág. 166). No se admite, en cambio, una demanda dirigida a la prohibición de relaciones adulterinas contra el cónyuge adúltero y su cómplice, en consideración del carácter ético del matrimonio (Tr. S. 151, pág. 159). Tampoco existe un interés de tutela jurídica si el mismo ofendido ha realizado un insulto.

c) Carga de prueba respecto a la verdad de la ofensa:

Normalmente debe exigirse del actor la prueba de la falsedad de la afirmación ofensiva (*Höchstrichterliche Rechtsprechung*, 1940, número 603; Tr. S. 140, pág. 392; de diferente opinión *Juristische Wochenschrift*, 1937, pág. 2.352, y *Höchstrichterliche Rechtsprechung*, 1936, número 1.494).

d) También personas jurídicas disfrutan de la protección jurídica de su honor:

(*Juristische Wochenschrift*, 1937, pág. 2.352.)

e) El interés legítimo a los efectos del párrafo 193 del Código penal:

La defensa de un interés legítimo excluye la antijuricidad de una afirmación. Por lo tanto, habiendo tal interés legítimo, no puede entablarse una demanda de omisión (*Deutsches Recht*, 1939, p. 2.009). La más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo examina la cuestión de si se ha hecho una afirmación para la defensa de un interés legítimo contrapesando los intereses que se quería defender y el interés de la víctima respecto a su honor (*Höchstrichterliche Rechtsprechung*, 1939, núm. 1.345). Normalmente es suficiente que el demandado intentaba defender intereses creyéndolos legítimos y que juzgaba el medio elegido por él apropiado (*Höchstrichterliche Rechtsprechung*, 1939, núm. 1.345). La temeridad de una afirmación impide su justificación.

ficación a base del principio de la defensa de intereses legítimos (*Juristische Wochenschrift*, 1937, pág. 3:087). Antes de 1933 se opinaba que el director de un periódico sólo defiende intereses legítimos si escribía acerca de sus propios asuntos. Hoy día y para la Prensa de hoy, dicho principio ya no conserva validez (S. de la Audiencia Territorial de Frankfurt a. M. en *Juristische Wochenschrift*, 1937, página 1.261). Una demanda de omisión no puede entablarse para impedir que una persona denuncie un delito del que se cree víctima. Tr. S. 124, pág. 253). Los intereses cesan de ser legítimos si la víctima demuestra la falsedad de la afirmación (*Deutsches Recht*, 1939, pág. 200).

2) La demanda restitutiva de omisión:

a) Requisitos de hecho:

La ofensa debe haber concluído, sin perjuicio de haber perdurado una situación perturbadora. La omisión significa, por tanto, la restitución de la situación anterior (Tr. S. 88, pág. 133).

b) Requisitos en la persona del agente:

Una infracción meramente objetiva del Derecho es suficiente. No se requiere la culpabilidad del agente (Tr. S. 148, pág. 123).

3) La demanda preventiva de omisión:

a) Requisitos de hecho:

Se requiere una ofensa. Sin embargo, aun una amenaza seria de tal ofensa puede justificar la incoación de una demanda (Tr. S. 101, pág. 339). Además hace falta la demostración de un justo temor de ulteriores ataques. Al actor incumbe la carga de prueba respecto a este segundo requisito (*Juristische Wochenschrift*, 1933, pág. 1:658). No basta la afirmación del actor que su honor y su crédito corran peligro: es preciso que demuestre la merma de su honor y la disminución de su crédito (Tr. S. 88, pág. 130). La amnistía de los insultos no obstaculiza la incoación de la demanda preventiva de omisión (*Juristische Wochenschrift*, 1937, pág. 3:105). El derecho a exigir una omisión nace siempre de un determinado acto lesivo. Por consiguiente, no se admite la condena de omitir "afirmaciones semejantes" a la afirmación insultante. En cambio, sí es admisible dirigir el mandamiento omisivo hacia una conducta que corresponde en su esencia a la conducta ofensiva, a fin de proporcionar al demandado seguridad acerca de la conducta que debe omitir (*Juristische Wochenschrift*, 1939, pág. 233).

b) Requisitos en la persona del agente:

La antijuricidad sin culpabilidad concurrente es bastante para justificar la demanda (*Recht.*, 1941, núm. 1.183).

4) La demanda que exige la revocación de ciertas afirmaciones.

a) Requisitos de hecho:

aa) La perturbación debe existir todavía en el momento de la sentencia. La demanda revocatoria requiere que las afirmaciones, cuya revocación se pretende, hayan creado una situación duradera, fuente continua de molestias y ofensas (Tr. S. 163, pág. 210). En una sentencia muy interesante (Tr. S. 163, pág. 210) el demandado había comunicado sus afirmaciones ofensivas a determinadas autoridades que estaban obligadas a guardar secreto. Sin embargo, se divulgaban las mencionadas afirmaciones. En este caso el Tribunal Supremo absuelve al demandado de la demanda revocatoria, negando el lazo causal entre las afirmaciones y el perjuicio producido al demandante.

bb) La revocación debe ser apropiada para hacer desaparecer el perjuicio, y no debe intentarse meramente una humillación del demandado (Tr. S. 88, 133; 148, 114).

b) Requisitos en la persona del agente:

Como en los casos anteriores, es suficiente la existencia de antijuricidad sin culpabilidad concurrente (Tr. S. 148, pág. 114).

Apéndice: El derecho a pedir informes:

a) Requisitos de hecho:

Puede haber casos en que se deba conferir a la víctima un derecho a pedir informes del autor, puesto que, sin él, sus derechos a omisión, revocación e indemnización perderían su valor práctico. Sin embargo, debe demostrarse previamente la divulgación de una afirmación ofensiva (Tr. S. 140, 403).

b) Requisitos en la persona del autor:

El Tribunal Supremo (158, 377) se contenta con la mera antijuricidad sin exigir culpabilidad concurrente.

5) La publicación de la sentencia:

a) Requisitos de hecho:

La publicación de la sentencia condenatoria constituye una forma de reparar el perjuicio producido por las afirmaciones ofensivas. Sin embargo, el Tribunal habrá de examinar si la revocación no logra ya este fin (*Höchstrichterliche Rechtsprechung*, 1932, núm. 1.128).

b) Requisitos en la persona del autor:

Probablemente basta la mera antijuricidad. Sentencias anteriores (Tr. S. 142, pág. 16) exigían, además, la culpabilidad del autor. Pero desde que se abandonó el § 249 del Código civil alemán como base legal, sustituyéndole por el § 1.004 del mismo Cuerpo legal, el enfoque meramente objetivo del problema resulta inevitable.

LA REDACCIÓN.

Banco Hipotecario de España

PRESTAMOS AMORTIZABLES CON PRIMERA HIPOTECA, a largo plazo, sobre fincas rústicas y urbanas, hasta el 50 por 100 de su valor, con facultad de reembolsar en cualquier momento, total o parcialmente, el capital que se adeude.

PRESTAMOS ESPECIALES PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCIÓN en poblaciones de importancia, bien a corto o a largo plazo.

NEGOCIADO ESPECIAL DE APODERAMIENTOS E INFORMES, con carácter GRATUITO, para representar a los prestatarios que lo deseen en toda la tramitación del préstamo mediante poder otorgado al efecto.

EMISIÓN DE CEDULAS HIPOTECARIAS AL PORTADOR, privilegiadas con carácter de efectos públicos, corizables como valores del Estado. Están garantizadas por primeras hipotecas sobre fincas de renta segura y fácil venta.

VENTA DE FINCAS en inmejorables condiciones, con facilidades de pago y con hipotecas sobre las mismas a corto y largo plazo de amortización.

CUENTAS CORRIENTES CON INTERES

Pidanse detalles de nuestras operaciones:

MADRID: Paseo de Calvo Sotelo, 10. - BARCELONA: Paseo de Gracia, 8 y 10

LA LIBRERIA GENERAL DE VICTORIANO SUAREZ

PRECIADOS, NÚM. 46 - MADRID

Acaba de publicar:

"HOSPEDERIAS, CAFES, RESTAURANTES Y EXTRANJEROS". Estudio del Derecho vigente en los anteriores materias, con formularios y un indice completísimo, por Evelio Calatayud Sanjuán, Abogado.—9 pesetas en Madrid y 9,50 en provincias.

"LEY DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1940 SOBRE CONTRATACIÓN EN ZONA ROJA". Comentarios, problemas y modos de aplicación, por D. Carlos Soler de Agustín, Abogado.—7 pesetas.

"ARRENDAMIENTOS". (Lo vigente en materia de alquileres. Manual práctico del inquilino y del propietario), por Evelio Calatayud Sanjuán.—5 pesetas.

"APENDICE A LA OBRA ARRENDAMIENTOS". Con las innovaciones en materia de alquileres, especialmente lo relativo a la revisión de contratos, rebaja o elevación de rentas urbanas y exención del pago del inquilinato.—Precio, 3,50 pesetas.

PEDIDOS AL EDITOR: LIBRERIA GENERAL DE VICTORIANO SUAREZ, PRECIADOS 46, MADRID

Banco Español de Crédito

Capital y reservas: 170.000.000 de pesetas

400 sucursales en España y Marruecos

Correspondentes en las principales ciudades del mundo

Domicilio social:

MADRID - Alcalá, 14 y Sevilla, 3 y 5

Sucursales urbanas en Madrid:

Glorieta de Bilbao, 6 - Glorieta de Atocha, 3 - Conde de Romanones, 6 - Velázquez, 29

PREPARACION

PARA

Notarias, Registros, Diplomática, Jurídico de la Armada, Judicatura, Abogados del Estado, Jurídico del Aire, Secretarios Judiciales, Secretarios de Ayuntamiento, Inspectores de Trabajo, Inspectores de Timbre y Jurídico Militar
EN EL

"INSTITUTO EDITORIAL REUS"

Contestaciones completas a casi todos los Programas

Nos encargamos de la obtención de certificados y presentación de instancias de los señores que nos lo encomienden.

ULTIMAS PUBLICACIONES

DERECHO MERCANTIL, por Emilio Langle. Obra adaptada al programa de Notarias.—Pesetas 20.

LEGISLACION HIPOTECARIA, por Fernando Campuzano. Obra adaptada al programa de Notarias. (Segunda edición, corregida y notablemente aumentada.)—Tomo I, 35 pesetas. El tomo II y último saldrá en el próximo junio.

CODIGO CIVIL.—Edición de bolsillo, contenido todas las reformas hasta 1º de abril de 1942.—Pesetas 6.

HECHOS Y DOCTRINAS (Escritos filosóficos, jurídicos y literarios), por Giorgio del Vecchio.—Pesetas 12.

LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO, por José María Villar y Romero.—Pesetas 4.

DERECHO PENAL ESPAÑOL (dos tomos), por Isaias Sánchez Tejerina.—Pesetas 90.

COMPENDIO AUXILIAR DE EMPRESAS Y PATRONOS, por Rosso de Larra y Ruiz Morayta. Legislación del Trabajo, Seguros sociales, Obligaciones del patrono, Tramitación práctica, Formularios).—Pesetas 10.

DIVULGACIONES ECONOMICAS (El dinero. Crédito público del Estado. El problema de la circulación monetaria), por Alfredo Ara y Otal.—Pesetas 4,50.

INTERESANTE.—Todos los señores que deseen completar su biblioteca, podrán adquirir los libros que necesiten y su importe abonarlo en diferentes plazos.

PARA MAS DETALLES, DIRIJANSE AL

"INSTITUTO EDITORIAL REUS" (S. A.)

Preciados, 23 y 6, y Puerta del Sol, 12-MADRID