

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XVIII

Abril de 1942

Núm. 167

---

La ejecución procesal en la ley Hipotecaria (\*)

I V

LOS PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN

3. Referentes al objeto: pretensión ejecutiva y bienes ejecutados.—4. Referentes al título.

3. Veamos ahora los presupuestos que hacen referencia al *objeto* del proceso de ejecución hipotecaria. Este término de "objeto" cabe entenderlo aquí en un doble sentido: como la *materia* sobre que recae la actividad de los sujetos de la relación jurídica o como los *bienes* que figuran en dicha relación; las *cosas* (empleando una palabra de significación más restringida) que aparecen en el litigio.

A. En el primer sentido, podemos considerar como objeto del proceso la *pretensión* de tutela jurídica que en él se presenta (1) por el acreedor. La característica de esta pretensión es la de tener carácter *ejecutivo*; va dirigida, como el proceso mismo a que da lugar, no a obtener una declaración jurisdiccional (2), sino la actuación de una declaración anterior (en este caso de la declaración que se contiene en el título ejecutivo).

La doctrina dominante expresaanáloga idea diciendo que en el

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

(1) Concepción ya hoy dominante en la doctrina procesal, y que incluso en el articulado de nuestra ley de Enjuiciamiento civil podemos ver confirmada. Que objeto del proceso no es, como algunas veces se ha afirmado, la relación jurídica *material*, se ve con claridad precisamente en este caso, ya que sobre tal relación jurídica (derecho de crédito garantizado con hipoteca) se puede discutir en otro proceso distinto del judicial "sumario".

(2) Entendiendo la palabra "declaración" en sentido lato.

procedimiento judicial “sumario” se ejercita una *acción ejecutiva*, lo cual es innegable, sea cualquiera la construcción que al término quiera darse. Pero la *acción*, a diferencia de la *pretensión*, no constituye el *objeto* del proceso, sino el *derecho* a provocarlo; lo que se examina en el proceso no es ella propiamente, sino la solicitud jurídica del actor que pide una determinada conducta al órgano jurisdiccional (*pretensión*). Las características de esta pretensión son las mismas que encontramos en la noción genérica del concepto, *petición* que *afirma* estar *apoyada en el derecho objetivo*, con la determinación específica (que funda el carácter ejecutivo de la pretensión) de que lo que se pide no es la *emisión de una declaración de voluntad* del Estado a través de su órgano jurisdiccional (*sentencia*), sino, como antes dijimos, la *realización* del contenido de una voluntad ya declarada (*ejecución*). Dentro del procedimiento estudiado la pretensión se contiene en el escrito inicial a que hace referencia la regla 2.<sup>a</sup> del art. 131.

Se encuentran igualmente con frecuencia en las exposiciones de nuestra doctrina y jurisprudencia los términos de *acción real* y de *acción hipotecaria* aplicados al proceso que analizamos en el sentido que dentro de él son ejercitadas una y otra. Ambas expresiones tienen una significación tan clara y una acogida tan extensa en nuestro derecho positivo que apenas se hace preciso justificarlos.

*a)* La denominación “*acción real*” se explica, como es sabido (1), por la idea que del concepto de acción tiene nuestra ley de Enjuiciamiento y su identificación con el derecho sustantivo o material que ella trata—no siempre—de proteger; al ser estos derechos de naturaleza personal o real, las acciones (en el pensamiento de la ley) pueden ser también *reales* o *personales*, clasificación a la que el art. 62 añade las acciones mixtas, de tan discutida y oscura naturaleza. Si, según este criterio, acciones reales son aquellas por las que se persigue directamente una cosa y no la *conducta* (prestación) de otra persona, la acción ejercitada en el procedimiento “sumario” tendrá lógicamente carácter real, será una *acción real sobre bienes inmuebles*, dada la clase de bienes sobre que recae la petición del actor.

*b)* Del mismo modo se puede calificar a esta acción de *hipotecaria* desde el punto de vista del derecho material (derecho de hipoteca) que figura en la relación jurídica sustantiva. Se trata, por tanto, de

(1) V., sobre esto, Prieto Castro: *Exposición del Derecho procesal civil de España*, tomo I (Zaragoza, 1941), pág. 45.

una expresión inspirada en un criterio análogo al examinado anteriormente; como ella, otras muchas acciones toman, en nuestro derecho positivo, su nombre del derecho material o facultad concedida a un titular, así el derecho de rescisión y la acción rescisoria, el de posesión y las acciones posesorias, etc. (1).

Pero ateniéndonos a la estricta perspectiva procesal, la acción ejercitada, como debe definirse desde el punto de vista de la actividad judicial que trata de obtener, tiene su propia calificación en el término de *acción ejecutiva*.

B. Los bienes que constituyen el objeto del procedimiento judicial "sumario" pertenecen, como se sabe, a la categoría de los *inmuebles*. Ahora bien: la determinación concreta de qué clase de cosas pertenecen a esta categoría y de cuál sea la solución que debe prevalecer en los casos dudosos, no debemos buscarla sino a través de los preceptos generales de nuestro derecho sustantivo material vigentes en este punto, concretamente, de los arts. 334 del Código civil y 107 y siguientes de la ley Hipotecaria.

Pudiera presentarse aquí la duda de si otros bienes *inmuebles* del mismo deudor no incluidos en la hipoteca son susceptibles de que contra ellos se dirija el procedimiento. La letra de la ley no resuelve expresamente este punto, y en tal sentido ha sido criticada por Manresa (2), ya que, al decir aquella (art. 129) que la acción hipotecaria "podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados", no se prohíbe que queden afectos también a la ejecución otros bienes inmuebles del mismo deudor, de igual modo que en el ejecutivo ordinario, aunque haya bienes especialmente hipotecados, pueden embargarse otros cuando sean notoriamente insuficientes (art. 1.447, párrafo segundo de la ley de Enjuiciamiento civil).

Pero toda la mecánica del procedimiento de la ley Hipotecaria se opone a esta extensión de la actividad ejecutiva sobre bienes que no hayan sido incluidos en la hipoteca. En este caso, en efecto, no podrían

(1) La acción hipotecaria, para algún autor (Carnelutti: "Natura giurídica della hipoteca", en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, cit.), no se corresponde con el derecho material de hipoteca, por la razón de que este derecho de hipoteca no existe *extra-procesalmente*, y la característica de ella (lejos de consistir en su naturaleza real) está precisamente en su específica forma de tutela procesal. La posición apuntada, en extremo sugestiva, no puede ser ampliamente discutida aquí, y remitimos al interesado en este asunto al artículo que se cita y al reciente "Sistema" del propio Carnelutti, en su tomo I, págs. 905 y siguientes.

(2) Obra y tomo citados, pág. 703.

suprimirse dos trámites de los que figuran en el ejecutivo y en la vía de apremio comunes, y cuya eliminación constituye una de las características fundamentales del nuevo procedimiento de la ley Hipotecaria: la no necesidad del embargo preventivo de los bienes sobre que la ejecución va a recaer y la omisión del período de avalúo (art. 1.495 de la ley de Enjuiciamiento) que, justificada, puesto que en la escritura de constitución de hipoteca debe constar el precio de tasación de la finca (art. 130 de la ley Hipotecaria), representaría un obstáculo si en la ejecución figurases bienes no tasados.

En consecuencia, podemos afirmar que el objeto material de la ejecución son los bienes *inmuebles* afectos en la *garantía hipotecaria* al cumplimiento de la obligación que el deudor no ha satisfecho.

4. Ultimamente, el procedimiento judicial sumario está sometido, en cuanto al tratamiento del problema de fondo, a otras condiciones o presupuestos relacionados con el *título* de donde deriva la pretendida ejecución.

Debemos hacer dos distintos grupos con estos presupuestos: los que son una aplicación al proceso hipotecario de otros vigentes en el juicio ejecutivo común, y los que, por el contrario, sólo condicionan la forma especial de ejecución, que ahora analizamos, originándose de los preceptos especiales que a ella hacen referencia.

A. En el primer grupo ha de incluirse, a tenor de la regla 2.<sup>a</sup>, número 2.<sup>º</sup> del art. 131, aquellos requisitos que la ley de Enjuiciamiento civil exige para despachar la ejecución. Como el título será aquí una escritura pública (1), quiere decirse que tal requisito consiste fundamentalmente en la presentación de su primera copia, o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien debe perjudicar o su causante (art. 1.429, número 1 de la ley de Enjuiciamiento civil).

Pero aparte de esta condición peculiar a las escrituras públicas y que debe aplicarse igualmente en los casos de ejecución hipotecaria, la misma ley de Enjuiciamiento civil, en su art. 1.435, señala otros re-

(1) A primera vista, pudiera considerarse como caso particular el de las hipotecas constituidas en garantías de títulos transmisibles por endoso o al portador, y creer que este supuesto habría de incluirse en el núm. 5.<sup>º</sup> del art. 1.429, y no en su número 1.<sup>º</sup> Pero es falsa esta conclusión, porque también cuando se trata de títulos garantizados hay de por medio una escritura pública—la de constitución de la hipoteca—, que debe presentarse para que la ejecución sea despachada (art. 155, párrafo 1.<sup>º</sup>, de la ley Hipotecaria).

quisitos, cuya importancia, para el problema que estudiamos, conviene analizar:

A tenor del precepto citado, "sólo podrá despacharse ejecución: 1.º Por cantidad líquida en dinero efectivo que exceda de 1.000 pesetas. 2.º Por cantidad líquida en especie, computable a metálico, siempre que su valor excediere de 1.000 pesetas. En ambos casos será preciso que haya vencido el plazo de la obligación". Se deduce de este artículo que hay tres requisitos de cumplimiento necesario en una ejecución para que pueda dársele curso, y que se refieren, respectivamente, a la naturaleza, la cuantía y la exigibilidad de la deuda que origina la actuación procesal.

a) En el caso de crédito hipotecario, la naturaleza *líquida* del mismo y la necesidad de que conste "en dinero efectivo" es condición también necesaria para despachar su ejecución; pero esto no tanto en virtud de la aplicación del art. 1.435 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuanto por exigencia del crédito mismo; éste, en efecto, para tener eficacia, necesita constar en el Registro con la expresión de su importe, como preceptúa el art. 12 de la ley Hipotecaria: "Las inscripciones hipotecarias de créditos expresarán, en todo caso, el importe de la obligación garantida y el de los intereses, si se hubiesen estipulado, sin cuyas circunstancias no se considerarán asegurados por la hipoteca dichos intereses en los términos prescritos por la presente ley." (1).

Ni puede ocurrir que, a pesar de que conste el importe del crédito hipotecario, por vicisitudes ulteriores de éste quede sin precisar, definitivamente, la cantidad efectiva por la que se pide la ejecución. Porque, en todo caso, es condición del título que se inscriba la fijación de la "naturaleza, extensión, condiciones y cargas de cualquiera especie del derecho que se inscriba, y su valor, si constase del título" (art. 9.º, número 2.º de la ley Hipotecaria). No es dudoso que tratándose de créditos su extensión viene a quedar fijada de modo principal por la cantidad que constituye su importe. Cuando un crédito hipotecario se reparta entre varios titulares, bien originariamente, bien en sucesivas transmisiones, la parte correspondiente a cada uno debe quedar determinada numéricamente, o, al menos, indicarse los criterios necesarios para que la división se pueda llevar a cabo en forma indudable (2), La

(1) Al mismo resultado llegamos analizando la regla 2.ª del art. 131, que exige precisar "la cuantía de la reclamación".

(2) Esta última solución generaliza el criterio contenido en la resolución de la

naturaleza líquida de la deuda ha de estimarse, por tanto, como requisito necesario también para que la ejecución hipotecaria sea despachada.

Un caso hay, no obstante, en el que el importe líquido no puede figurar en el título ejecutivo por la misma naturaleza de éste; pero en tal supuesto, exige la ley igualmente determinar la cuantía por medio de otros documentos, que con el título se deben presentar. Ello ocurre en las hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito, las cuales garantizan hasta una cantidad máxima; pero sin fijar "ab initio" el importe del crédito que en definitiva resultará. En virtud del art. 153, párrafos segundo y tercero de la ley Hipotecaria, "a la escritura y demás documentos designados en la regla 3.<sup>a</sup> tendrá que acompañar (el acreedor) el que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada, en la forma convenida en la escritura de constitución de la hipoteca". "Si en la escritura no aparece pacto sobre esto, será necesaria la presentación del ejemplar que obre en poder del actor, o de la libreta que a continuación (párrafo 4.<sup>a</sup>) se dice."

b) No está, en cambio, vigente en el procedimiento hipotecario la exigencia de la ley de Enjuiciamiento referente a la *cuantía* del crédito (superior a 1.000 pesetas). Un crédito menor puede ser garantizado también por una hipoteca, que tiene, indudablemente, para su ejecución, abierta la vía de los arts. 129 a 135. Lo que puede ocurrir en este caso es que resulte al acreedor más conveniente solicitar en juicio verbal la actuación de su derecho, y ésta vimos que era una de las críticas que se suscitó durante la discusión de la reforma de 1909, con motivo de ordenarse en ella la competencia exclusiva del Juez de primera instancia (1). Dado el carácter potestativo del proceso en esta hipótesis ha de resolverse el problema dejando a la elección del ejecutante la procedencia de una u otra forma de tutela.

c) La ley de Enjuiciamiento civil exige también, para que se

Dirección General de los Registros de 24 de diciembre de 1913, según la cual, expresándose en una escritura de préstamo hipotecario la circunstancia de haberse otorgado por partes iguales y en mancomún, quedan cumplidos los preceptos de la ley Hipotecaria, que exigen se haga constar en las escrituras públicas sujetas a registro las circunstancias relativas a la naturaleza, extensión y condiciones del derecho que debe inscribirse. Con respecto a la necesidad de que conste el crédito en "dinero efectivo" (según la ley de Enjuiciamiento civil), puede recogerse aquí la resolución de 15 de febrero de 1926, que, empleando esta vez un criterio restrictivo, niega la posibilidad de que se fije la responsabilidad a que una finca está afecta, en moneda extranjera (en el caso en cuestión, libras esterlinas).

(1) V. supra, pág. 96.

despache la ejecución, el vencimiento del plazo a que posiblemente puede estar la obligación sujeta. Generalizando esta condición, cabría decir que es necesaria la *exigibilidad* del crédito. Y esta misma exigibilidad se precisa asimismo en la ejecución hipotecaria, a tenor de la regla 2.<sup>a</sup> del art. 131, donde se dice que el escrito inicial deberá contener, entre otras cosas, “las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y *exigibilidad* del crédito”. No puede, por tanto, como es lógico, procederse a la ejecución sobre los bienes hipotecados cuando el crédito hipotecario se halla sometido a condición o plazo suspensivo y no se ha cumplido la una ni ha vencido todavía el otro.

B. Y llegamos con esto a la determinación de aquellos presupuestos del título ejecutivo que no tienen carácter común o extendido a las restantes actividades procesales de naturaleza análoga, sino que son peculiares del título que sirve para efectuar la ejecución ordenada en los arts. 129 a 135 de la ley Hipotecaria. Estos presupuestos son fundamentalmente dos: la tasación de la finca sobre que se ha constituido la hipoteca y la fijación de un domicilio por el deudor para la práctica de los requerimientos y las notificaciones.

a) Según el art. 130 de la ley Hipotecaria, párrafo 1.<sup>o</sup>, “para que pueda tramitarse la reclamación con arreglo a dicho (en el artículo 129) procedimiento judicial, será indispensable que en la escritura de constitución de la hipoteca consten establecidos el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta que ha de celebrarse cuando llegue el caso de hacer efectiva la obligación”, etc.

El fundamento de este precepto se comprende fácilmente: él es el que permite suprimir en la ejecución hipotecaria uno de los trámites de la vía ordinaria de apremio. Según el art. 1.494—que forma parte de las disposiciones que regulan la ejecución ordinaria sobre bienes inmuebles—, mientras se practica la presentación de los títulos de que habla el art. 1.493, y después de hechas las notificaciones que ordena el art. 1.490, se procederá al avalúo de los bienes en la forma establecida en los arts. 1.483 y siguientes. Este avalúo no es necesario en el procedimiento hipotecario, puesto que en él existe ya la fijación de un precio en el título, que ha de servir de tipo para la subasta.

Pero la exigencia legal plantea problemas de interés en cuanto a su cumplimiento, y en consecuencia es forzoso que nos detengamos a recoger las cuestiones principales que surgen en la materia. De modo

principal debemos responder a estas tres preguntas: 1.<sup>º</sup> ¿Quiénes deben intervenir en la determinación del precio? 2.<sup>º</sup> ¿Cómo ha de fijarse éste? 3.<sup>º</sup> Si no se ha hecho la fijación en la escritura, ¿cabe que la omisión sea subsanada posteriormente, y en qué forma?

1.<sup>º</sup> Al primero de estos problemas, que se refiere a qué personas intervienen en la fijación del precio, la ley contesta sencillamente: "los interesados". Y los interesados son, indudablemente, de un lado, el acreedor; de otro, no el deudor del crédito garantizado con hipoteca, sino el dueño de los bienes (que puede no ser la misma persona—caso del hipotecante no deudor—, aunque no se trate de una hipótesis normal). La persona a quien afecta la fijación del precio es en primer término dicho dueño, *no* los acreedores anteriores, cuyas deudas quedan subsistentes en el nuevo régimen de supresión de la liquidación de cargas, ni los acreedores titulares de un derecho real posterior—incluso el tercer poseedor—, que conocían ya por el Registro la valoración dada a la finca, y *sí* el dueño, porque es a él a quien irá a parar el exceso de efectivo en la subasta sobre el crédito que dió origen a la ejecución y lo que se debe a los acreedores posteriores.

2.<sup>º</sup> ¿Cómo debe fijarse el precio tipo? La ley, sobre la base acaso algo simplista de que los únicos perjudicados en la determinación de un valor que no se corresponda con la realidad son los "interesados", cuya conformidad exige, no obliga a que la tasación se verifique con arreglo a determinados criterios que garanticen en lo posible dicha correspondencia. No requiere, en efecto, la fijación del valor de la finca, sino la expresión del precio en que la tasan los interesados. Esto quiere decir que la tasación puede ser arbitraria, inexacta, y que basta, en definitiva, con que el título contenga una cantidad determinada en este concepto para que se pueda proceder a la ejecución. Por ello no es tampoco problema para nuestro Derecho positivo la alteración posterior del valor del inmueble ni la posibilidad de que se desvirtúe por otro medio el precio de tasación consignado en la escritura (1); no hace falta, pues, tasación pericial cuando el valor se haya alterado realmente, ni es ello un defecto grave del procedimiento, como quiere algún autor (2).

(1) La resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de enero de 1924, en conformidad con este criterio, establece que la valoración dada por el Catastro al inmueble no anula la tasación que se haya fijado.

(2) Morell: ob. y tomo cits., pág. 95; salvo en los casos que suponga una modificación radical en el inmueble, lo que no es de creer ocurría con frecuencia.

3.<sup>º</sup> La omisión de un precio determinado que fije la cantidad por la que la finca debe salir a subasta, en su caso, impide el desarrollo del procedimiento, puesto que no forma parte de él el trámite de avalúo que se practica en la ejecución ordinaria sobre bienes inmuebles. Normalmente, como sabemos, dicho precio ha de constar en la escritura de hipoteca; pero en caso de faltar, y dado el efecto radical que acaba de señalarse, ¿existe algún medio de subsanar el defecto que permita acudir a esta especial forma de ejecución?

La ley da una respuesta afirmativa, contemplando el caso del acreedor hipotecario que por haber inscrito su derecho con anterioridad a la ley de 1909 pudo omitir en el título la tasación de la finca hipotecada. Esta clase de acreedores tiene, por regla general, la facultad de acogerse al nuevo procedimiento, dado el carácter retroactivo, antes estudiado, de las normas que lo regulan. Así dice la ley Hipotecaria, en su art. 133, que "los acreedores que tengan inscrito su derecho con anterioridad a la presente ley, podrán optar por el procedimiento sumario del art. 131 si los títulos de sus créditos contienen expresión de la conformidad del deudor con un precio determinado para la subasta" "Cuando los títulos careciesen de dicha circunstancia, se podrá suplir su falta por medio de documento público, que se presentará necesariamente con los demás que exige la regla 3.<sup>a</sup> de aquel artículo, y estará exento del impuesto de derechos reales". Por consiguiente, la falta en este caso se puede suplir acompañando al título ejecutivo un documento público en que conste la conformidad de los "interesados" con un precio de tasación.

¿Podrá aplicarse este criterio al caso de hipoteca inscrita con posterioridad a la ley de 1909, en que se omitió igualmente la fijación del precio de tasación? Puesto que la "ratio legis" es la misma y la cuestión de la fecha no afecta a la esencia del problema, debemos optar también por un criterio permisivo (1). Ahora bien: ha de observarse que en este caso uno de los motivos tenidos en cuenta por la ley para autorizar la fijación voluntaria del tipo—como es el de que los titulares de un derecho inscrito con posterioridad *lo conocían ya* por el Registro—desaparece, y puede producirse un auténtico perjuicio (2) si el señalamiento de una cantidad inferior a la realidad

(1) En el mismo sentido, Manresa: ob. y tomo cits., pág. 705.

(2) Aunque no la lesión de un verdadero *derecho adquirido*.

obliga a los acreedores posteriores a intervenir en la subasta alzando el tipo de las ofertas (para lo cual acaso no tengan posibilidades), o resignarse a la adjudicación por un valor desproporcionado que cancele o disminuya las garantías que ellos creyeron bien firmes (1). Pero como esto es un defecto común a la hipótesis de crédito hipotecario anterior y posterior a 1909, y en aquél la ley autoriza expresamente la subsanación, no hay motivo para llegar en éste a una solución distinta.

b) Otra condición del título, según el art. 130 de la ley Hipotecaria, es la consignación de "un domicilio que fijará el deudor para la práctica de los requerimientos y notificaciones". No es ello un requisito aislado de la ejecución hipotecaria; en el proceso civil común existe también la necesidad de determinar el domicilio de un litigante para que se sepa en dónde deberá ser notificado (art. 264, párrafo 2.<sup>a</sup> de la ley de Enjuiciamiento civil), y en las escrituras notariales, igualmente, "los que tengan su vecindad en un punto, y su residencia o domicilio en otro, deberán consignar expresamente uno de ellos para las notificaciones y diligencias a que pueda dar lugar el cumplimiento del contrato" (art. 162 del Reglamento notarial de 8 de agosto de 1935).

Del mismo modo que en el caso de la tasación, el domicilio que se fija no tiene forzosamente que coincidir con el real; es decir, con "el lugar de la residencia habitual" del deudor. La ley Hipotecaria no habla, en efecto, *del* domicilio, sino *de un* domicilio que se señala a los efectos procesales (2). Nos hallamos, pues, ante una manifestación del llamado *domicilio electivo*, el que se escoge para la eje-

(1) Ejemplo: A. y B. conciernen un préstamo hipotecario por 40.000 pesetas. e inscriben la garantía sobre una finca cuyo valor *real* se calcula en 100.000, sin consignar en la escritura un precio de tasación. Sobre el mismo inmueble se constituye posteriormente otra hipoteca, a favor de C., por valor de 30.000 pesetas. Iniciada la ejecución por el primer acreedor B., éste acompaña a su título un documento público por el que el dueño y él fijan la tasación del inmueble en 50.000 pesetas. Como éste es el tipo de la primera subasta (regla 9.<sup>a</sup> del art. 131), resultará que C. corre el riesgo de que se adjudique la finca por 50.000 pesetas y su garantía real de 60.000 quede reducida a 10.000 para un crédito de 30.000 pesetas. Esto lo puede evitar interviniendo en la subasta, puesto que se le notifica la existencia del procedimiento; pero cabe pensar que carezca de medios económicos para mejorar la oferta, aun sabiendo que el valor del inmueble es muy superior a ella.

(2) Según la Dirección General de los Registros (resolución de 15 de diciembre de 1925), aunque el domicilio sea falso o equivocado, subsiste en los mismos términos en que aparezca en el Registro.

cución de un acto o de una convención (1), admitido por la jurisprudencia al indicar que para los efectos procesales no se entiende domicilio exclusivamente el real y efectivo, sino que lo es también el que las partes hayan fijado en el contrato (2).

La determinación convencional del domicilio (3), cláusula que forma parte de un negocio jurídico, explica el que en el régimen de la ley su alteración de hecho no baste para modificar la vigencia del anteriormente consignado (4), sino que haga falta la concurrencia, en cierto modo, de las voluntades que intervinieron en la estipulación anterior. Pero el régimen legal sobre variación del domicilio ha sido expuesto confusamente en la ley Hipotecaria y necesita, en consecuencia, ser aclarado por otros preceptos y por un análisis adecuado.

Según el art. 130, párrafo 3.<sup>º</sup> y siguientes de aquélla, "el deudor podrá cambiar después a su voluntad ese domicilio *legal* (5), siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiese designado en la escritura, o de cualquier otra que esté encerrada en el término en que radican las fincas y que sirve para determinar la competencia del Juzgado. Para cambiar ese domicilio a punto diferente de los expresados será necesaria la conformidad del acreedor. La modificación en el domicilio y su conocimiento al acreedor se harán constar en acta notarial y en el Registro de la Propiedad por nota al margen de la inscripción o inscripciones de la escritura de hipoteca... Todo posterior adquirente de la finca podrá variar el domicilio que encontrase fijado al tiempo de la adquisición, pero sujetándose a las condiciones y requisitos expresados, y, en su defecto, quedará subsistente el que aparezca en el Registro".

Del examen de estas disposiciones se deduce que, según la importancia de la alteración del domicilio, hay que cumplir uno de dos requisitos distintos: el conocimiento o la conformidad del acreedor (6).

(1) Castán: *Derecho civil español, común y foral*, 3.<sup>a</sup> edición (1930), tomo I, volumen I, pág. 143.

(2) Sentencia de 15 de diciembre de 1914, recogida por Castán: ob. y lugar cits.

(3) En algún caso el domicilio *real* vuelve a adquirir importancia, como ocurre en la hipótesis del párrafo 1.<sup>º</sup> del art. 133, a la que luego se aludirá.

(4) Contra Morell: ob. y lugar cits.

(5) La calificación de domicilio *legal*, aunque exacta en sentido gramatical, es incorrecta, por el significado propio y restringido que el verdadero domicilio *legal* (*o derivado*) tiene en nuestro Derecho.

(6) La diferencia entre uno y otro no creemos que necesite una explicación especial.

Sin embargo, el pensamiento del precepto resulta confuso, porque, a primera vista, parece que los casos incluidos en el apartado 3.<sup>º</sup> no están sujetos a condición alguna, y los restantes (aludidos en el apartado 4.<sup>º</sup>) exigen la conformidad del acreedor; pero a continuación, en la inscripción en el Registro (apartado 5.<sup>º</sup>) se habla del conocimiento de dicho acreedor, conocimiento que hasta ahora no había sido mencionado. Esta redacción incoherente ha tenido que ser aclarada en el Reglamento hipotecario, que en su art. 204, núm. 1, prescribe lo siguiente: "El cambio de domicilio del deudor, en los casos previstos en el primer apartado (1) del art. 130, deberá ser puesto en conocimiento del acreedor hipotecario. Tanto este conocimiento como la conformidad necesaria, según el apartado 2.<sup>º</sup> de dicho párrafo (2) no producirán efecto alguno para la tramitación del procedimiento sumario si no se hubiese hecho constar por nota al margen de la inscripción o inscripciones correspondientes." Queda, pues, aclarado que el requisito varía según los casos: conocimiento o conformidad del acreedor.

Pero ¿qué hipótesis entran en uno y otro supuesto? De acuerdo con la aclaración reglamentaria, el conocimiento se exige cuando el deudor cambie de domicilio dentro de la misma población que se hubiese designado en la escritura o de cualquiera otra que esté enclavada en el término en que radican las fincas; la conformidad, en los restantes casos. Pero el límite entre unos y otros no aparece tampoco nada claro en la exposición que acaba de hacerse y que reproduce el texto literal de la ley.

En efecto: si la palabra término equivale a "término municipal" —¿y cuál, si no puede ser su significado?—, la redacción es casi incomprendible, porque no se entiende cómo cabe hablar de diversas poblaciones enclavadas en un mismo término municipal. Además, la referencia a esta demarcación no puede hacerse compatible con la última frase del párrafo 3.<sup>º</sup> del art. 130, que alude al término "que sirve para determinar la competencia del Juzgado", porque este Juzgado no es, como se sabe, el municipal, sino el de primera instancia. El modo más fácil de subsanar la incorrección del lenguaje consiste en suponer que en este caso la palabra "término" equivale a la de "lími-

(1) El modo de contar los apartados depende de la colocación de los puntos y aparte en el cuerpo del artículo. De todos modos, parece que está equivocado el Reglamento hipotecario al citar el apartado 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> del art. 130 de la ley; la alusión ha debido hacerse a los párrafos 3.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup>

(2) V. la nota anterior.

te" o "división" en general, y que, por consiguiente, el domicilio puede cambiarse por el deudor dentro de los límites que sirven para determinar la competencia del Juzgado (de primera instancia); es decir, dentro del territorio a que se extiende el partido judicial. Esta facultad corresponde igualmente a cualquier poseedor de la finca, según el párrafo último del art. 130.

Para que el cambio tenga eficacia procesal es asimismo preciso hacerlo constar en acta notarial y por nota en el Registro, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 5.<sup>o</sup> del art. 130 de la ley y regla 1.<sup>a</sup> del art. 204 del Reglamento. La extensión de esta nota, su carácter y efectos, plantean problemas de interés en los que no vamos a entrar ahora, dada su estricta naturaleza hipotecaria, que excede de la dimensión procesal del tema planteado.

Por último, en la fijación del domicilio se atiende no al electivo, sino al *real*,

a) En el caso de hipotecas anteriores a 21 de abril de 1909, según el art. 133, que tiende a dar facilidades para la admisión del procedimiento "sumario"; "si no se hubiese señalado domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones, se efectuarán estas diligencias en el que realmente tenga el deudor". Podemos preguntarnos aquí, como en el supuesto anterior, si la regla es admisible también tratándose de hipotecas posteriores en que se haya omitido la fijación del domicilio. La respuesta afirmativa puede fundarse en las mismas razones que se indicaron para el problema de la falta de un precio de tasación (1).

b) En el caso de hipotecas en garantías de títulos nominativos o al portador, en las que, a tenor del art. 155, párrafo 1.<sup>o</sup>, "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", etc.

JAIME GUASP

Catedrático de la Universidad de Barcelona.

(1) Si en el título no consta tampoco el domicilio real del deudor, ¿deberá entenderse que, no obstante, el que existe *de hecho* es el que tiene en este caso aplicación? El párrafo 2.<sup>o</sup> del art. 130 parece inclinarse por lo contrario, ya que habla de suplir la falta de "dichas circunstancias" por medio de documento público. El empleo del plural da a entender que el precepto se refiere no sólo a la conformidad en el precio, sino también a la fijación del domicilio.

# Otra posición doctrinal en el estudio del concepto del Derecho Inmobiliario<sup>(\*)</sup>

El Derecho es, en su consideración primaria, una idea de orden social que se presenta al observador como un conjunto de formas de la *sociedad humana* que se caracterizan por su *coactividad* y su *vigencia*. Las precedentes notas facilitan un concepto meramente *empírico* del Derecho. Si se busca su concepto *integral*, habrá que añadir, a los datos de observación, la idea de su causa, de su fundamento o de su razón de ser.

No es necesario advertir que los términos *causa*, *fundamento* y *razón de ser* constituyen representaciones mentales de diferente contenido, que podrán ser usadas según la posición que se admite en la teoría del conocimiento, pero todas ellas se refieren más o menos al principio de causalidad, que es el aspecto en que ahora interesan.

Y ha de reconocerse que en los últimos tiempos se advierte, en la investigación de la causa, una tendencia destacada a vincular lo *jurídico* en lo *económico*. Spengler, por ejemplo, lamenta la recepción del Derecho romano, no en sí misma, sino por la lucha que ha originado entre los *libros*—ciencia del Derecho—y la *vida*—realidad a la que se aplica aquélla—, y acusa a los jurisconsultos del siglo XIX, y a los anteriores, de condenar al hombre a la esclavitud de los conceptos derivados del *Corpus iuris*, sin tener en cuenta que los conceptos jurídicos deben ser extraídos de las fuertes y precisas costumbres de la *existencia social* y *económica*, no del puro análisis y enlace de los conceptos jurídicos romanos, que tienen su base en la desaparecida economía del mundo antiguo.

No habrá jurista ni modesto aficionado siquiera que, ante estas pá-

(\*) Extracto de la conferencia que el día 4 del mes de marzo ha dado en la inauguración del Centro de Estudios Hipotecarios su director, D. Aurelio Rodríguez Molina.

ginas de Spengler, no traiga a su memoria los ordenamientos mediante los cuales, los legisladores modernos, desviándose de los viejos cauces del Derecho civil, han atendido a necesidades imperiosas de orden social, pero de distinta naturaleza. Me refiero a la legislación del trabajo, a las leyes agrarias, al Decreto de alquileres...

Está muy generalizada la idea de que estas legislaciones especiales implican una posición contradictoria del Derecho privado tradicional. Voy a examinarla, y tomo como ejemplo la legislación laboral, sólo porque se presenta como la más acabada en la generalidad de los países, para establecer un breve paralelo entre ella y el Derecho romano.

Se ha dicho de éste que la razón de su supervivencia descansa en que sus rasgos esenciales son: el desarrollo del concepto abstracto del derecho subjetivo, y la *igualdad ante el derecho privado*. Concretamente, las normas del Derecho romano sobre arrendamiento de servicios, suficientes para una economía que utilizaba grandes masas de esclavos en el cultivo de la tierra e imponía a las clases superiores la necesidad de que prestaran sus servicios gratuitamente (mandato), no han sido bastantes para regir el Derecho obrero de los tiempos actuales; pero si se piensa que la protección que el Derecho obrero concede a los asalariados se funda en que las condiciones económicas les sitúan en un plano de inferioridad, con mengua del Derecho subjetivo; que las manifestaciones de voluntad constitutivas del negocio jurídico de arrendamiento del trabajo no pueden producirse, por lo que a los obreros se refiere, si aquella protección legislativa falta, en las condiciones de libertad necesarias a la eficiente actuación del Derecho subjetivo; se verá el ordenamiento laboral, pese a su aparato administrativo, como un ordenamiento jurídico *civilísimo* en cuanto tiende a establecer la igualdad ante el Derecho privado.

¿Ocurre algo parecido con el Derecho inmobiliario? ¿Es éste otro ordenamiento que se desvió del Derecho civil, con la finalidad precisa de robustecer las esencias de la rama que constituyó su punto de partida?

Veámoslo.

\* \* \*

Dícese que se debe a Oliver la introducción en España de la locución *Derecho inmobiliario* en la primera obra que bajo dicha denominación vió la luz en nuestra Patria. Siendo esto así, el estudio crítico

de la doctrina de Oliver constituirá un buen método para llegar a la formación del concepto que interesa. Y tal estudio, teniendo en cuenta que se trata de investigar el contenido *real* de una expresión *terminológica*, debe comprender los siguientes momentos:

a) ¿Qué se entiende—según la concepción de Oliver, generalmente seguida por los hipotecaristas españoles que se han preocupado de esta definición—por Derecho inmobiliario?

b) ¿Hay, en efecto, un grupo de formas jurídicas de la vida social, cualquiera que sea su importancia, detrás de la nueva terminología?

c) Caso de existir ese grupo de normas, ¿es posible sustantivizarle conceptualmente para independizarlo de los grupos afines? O, de otro modo, ¿es posible definir el *Derecho inmobiliario* como algo sustantivo?

d) Si se puede sustantivizar el aludido grupo de normas, ¿es acertada, para representarle, la expresión terminológica que se estudia?

\* \* \*

a) De la doctrina de D. Bienvenido Oliver se puede esquematizar el siguiente proceso generativo:

1.<sup>º</sup> Un hecho histórico de gran trascendencia jurídica—la promulgación de la Ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861—determina en España la introducción de la terminología.

2.<sup>º</sup> El nombre dado a la Ley peca de deficiente, pues no basta su simple enunciado, *Ley hipotecaria*, para conocer, de primera impresión, la materia jurídica que integra su contenido.

3.<sup>º</sup> El pensamiento que sirvió de base a la reforma fué crear un cuerpo de leyes que rigiesen las relaciones jurídicas de las personas con las cosas inmuebles, revelado claramente por uno de sus redactores (Cárdenas) al decir que la Ley es *una especie de Código de la propiedad territorial*.

4.<sup>º</sup> La Ley hipotecaria ha implantado en nuestro país *una noción de la propiedad territorial radicalmente distinta, y aun opuesta, a la que venía rigiendo, derivada de los códigos romano-bizantinos*.

5.<sup>º</sup> Se ofrece de este modo al estudio un concepto que ha de ser examinado en toda su extensión y desarrollo, no sólo en las leyes de Derecho civil, sino en las procesales, administrativas y penales.

6.<sup>o</sup> Debe tenderse, por medio de la jurisprudencia, a formar un *cuerpo de legislación inspirado en principios propios y peculiares* que comprenda sistemáticamente los preceptos legales acerca de los derechos constituidos sobre cosa raíz o inmueble; es decir, un verdadero *Derecho inmobiliario*.

7.<sup>o</sup> Enunciado así el concepto de la nueva rama jurídica, sólo resta añadir que es *una parte del Derecho civil*, del cual se desprende, como lo harán más adelante otras, bajo las denominaciones de Derecho de obligaciones, mobiliario, de familia y sucesoral.

Tal es la doctrina del introductor de la nueva terminología. Descansa sobre tres proposiciones fundamentales: es una parte del Derecho civil; regula los derechos constituidos sobre cosa raíz o inmueble; se inspira en principios propios y peculiares. La primera y la tercera son difícilmente armonizables entre sí.

No obstante, los autores patrios han aceptado, casi sin excepción, las ideas de Oliver e incardinan el Derecho inmobiliario en el civil. Alguno distingue el aspecto estático del dinámico, lo anatómico de lo funcional, y refiere al Derecho civil la estimación de los valores jurídicos inmobiliarios en su estructura, en su quietismo, en su anatomía; pero la diferencia, de escaso rendimiento en la ciencia jurídica, sólo puede interpretarse como un deseo de independizar el concepto que se estudia.

\* \* \*

b) La Ley hipotecaria no ha introducido una *noción nueva* de la propiedad territorial; pero se debe a ella un grupo de formas jurídicas distinto del que regulaba anteriormente la propiedad del suelo. Lo más típico de la novedad consiste en la *legitimación* de las adquisiciones onerosas de la propiedad, derivadas del titular inscrito, aunque no sea dueño, incluso frente al verdadero dueño del inmueble.

Aludo a la *legitimación* registral, considerada no como principio hipotecario, y mucho menos como aspecto del principio de publicidad, que necesariamente aparece subordinado a la legitimación, sino como finalidad o efecto exclusivamente apetecido en la *meus legislatoris* al establecer la reforma. Así, dice Sohm: "La legitimación del Registro produce, a favor del adquirente de buena fe, la validez del acto dispositivo del que no es dueño, con cargo al verdadero dueño del inmueble."

No se trata, por lo tanto, de una presunción *iuris*, en sentido téc-

nico, que fija la posición de las partes en la prueba y admite la prueba en contrario, sino de una *ficción legal* que legitima la adquisición realizada según el Registro, si concurren los restantes requisitos de su presupuesto.

La legitimación registral extiende su influjo a la propiedad de los inmuebles y a los derechos reales que sobre ellos se constituyan; y no sólo a los actos *traslativos*, sino también a los *constitutivos*, a los *modificativos*, y, con ciertas condiciones, a los *cancelatorios*.

La *legitimación registral* es, por lo tanto, la piedra angular del nuevo sistema. Para implantarla fué preciso crear previamente un complejo de formas de los actos y negocios jurídicos—organización y funciones del Registro—relacionados con el dominio y sus modificaciones.

Contestando, por lo tanto, a esta segunda interrogación, se puede decir que hay, en efecto, un grupo de formas jurídicas de la vida social detrás de la nueva terminología.

\* \* \*

c) En la tercera de las interrogaciones formuladas se subordina la posibilidad de la definición de esta rama a su independencia respecto de los grupos de instituciones afines, consideradas como tales, por ahora, las que integran el Derecho civil. Para que la noción del Derecho inmobiliario se pueda reducir a unidad conceptual sustantivizada, o, lo que es igual, para definirla, es necesario verla como algo independiente. No haciéndolo así, la definición que se diera habría de estar comprendida en la del todo y no añadirla ninguna nota conceptual diferenciada.

En la contestación al interrogante anterior se ha visto el Derecho inmobiliario como un dispositivo legal encaminado a invulnerabilizar las adquisiciones onerosas que se realicen según el Registro, procedan o no del verdadero dueño. Las razones que aconsejaron reforma tan grave son conocidas de todos y se aducen, con singular elegancia, en la exposición de motivos de la Ley. Es necesario defender el crédito territorial, asegurando al que invierta su dinero en compras o hipotecas, de las vicisitudes y peligros de la *probanza diabólica*, si se originan de causas que no constan explícitamente en el Registro.

Sin embargo, el Derecho civil repugna las adquisiciones a *non domino*. No las admitió el Derecho romano. Don Bienvenido Oliver se

desentendió de la dificultad al afirmar que el régimen que establecía la Ley era opuesto al vigente, derivado de los Códigos romano-bizantinos. Ni los Derechos del tronco ario, ni los semitas, aceptaron tales adquisiciones. Se cita como particular, en este sentido, el Derecho talmúdico; pero, por lo visto, se trata de un derecho de rescate análogo al conocido en el Derecho prusiano anterior al Código alemán, en el Derecho francés, y en el artículo 464 de nuestro Código civil.

Es ley, o relación derivada de la naturaleza misma de las cosas, que para transmitir algo—bien o derecho—ha de existir previamente en el patrimonio del causante. Esto no es una *conditio iuris*; es más aún: es una condición lógica, una condición de necesidad que se origina en la estructura de la Naturaleza. Siempre recuerdo, cuando reflexiono sobre esta idea, una aguda crítica de Feré a la doctrina lombrosiana del delincuente congénito. Describió Lombroso, con tal profusión de rasgos somáticos e internos, el tipo del criminal nato, que algunos de ellos, al parecer, se hallaban en evidente contradicción. Y Feré, en una donosa observación, dijo: "La escuela positiva ha logrado que se reproduzca, por medio de la herencia fisiológica, la impotencia de los microcéfalos."

Sánchez Román elevó la preexistencia del derecho en el transferente a la categoría de modo de adquirir. Se puede discutir, y seguramente no saldría bienparada, tal doctrina, pero ha de reconocerse que la preexistencia del derecho en las adquisiciones derivativas constituyó una seria preocupación del civilista citado.

Además, en la nueva legislación se advierte muy vivo el cuidado de sus autores en lo concerniente al peligro de las adquisiciones *a non domino*. Y, para prevenirla en lo posible, el nuevo sistema recarga sus formas—autenticidad de los documentos, calificación escrupulosa por el funcionario encargado del Registro, amenaza de responsabilidades—no sólo para abrir las puertas del nuevo régimen a las fincas, sino para vigilar su trámite posterior, y no sólo—y aquí se evidencia la honda preocupación que en tal respecto tuvieron los legisladores—en cuanto a la trascendencia del negocio dispositivo—cambio de titular o constitución o cancelación de un gravamen—, sino que extiende la actividad calificadora del Registrador al proceso causal que precede al acto de disposición.

No obstante, si el sistema de prevenciones falla, si a través del Registro se desliza un acto de enajenación o gravamen de titular inscrito que no sea dueño, la Ley ampara la adquisición onerosa y de buena fe,

poniéndola, mediante la *ficción legitimadora*, al abrigo de los procesos de ineeficacia de actos y contratos. Es necesario asegurar el tráfico sobre los inmuebles—seriamente amenazado por las hipotecas y cargas ocultas de las fincas y por el juego de las acciones rescisorias y resolutorias—, a fin de hacer posible el contacto del capital con la tierra, exigido por las teorías económicas—smithiana y fisiocrática—sobre los factores de la producción, entonces imperantes.

Resulta de lo expuesto que el concepto del Derecho inmobiliario que se detraiga de la Ley de 1861, vigente en la actualidad con sencillos retoques, comprenderá las tres siguientes proposiciones, en sustitución de las de Oliver:

1.<sup>a</sup> Legitimación de las adquisiciones por el Registro, como fin primordial de la innovación.

2.<sup>a</sup> Sistema de publicidad y, en general, de formas impuestas a las adquisiciones, que condicionan la legitimación registral.

3.<sup>a</sup> Dispositivo legal encaminado a la construcción del crédito territorial según un concepto económico profesado por los autores de la reforma.

La fórmula del concepto que, como consecuencia de la Ley de 1861, llegue a concluirse, ha de comprender estas tres proposiciones.

\* \* \*

Sin embargo, el concepto que se deduzca de tal definición será *parcialmente exacto*. Habrá desentrañado la *condicionalidad* impuesta por los legisladores de 1861 a la construcción o al desarrollo de un orden económico dado. Se tratará del concepto resultante de la Ley hipotecaria española, que, como no puede justificarse en sí misma, sino en cuanto es el reflejo de una organización económica mudable, lejos de haberse logrado una concepción *permanente*, se habrá vinculado la formada a las vicisitudes de las ideas de política económica.

Hay, no obstante, un elemento de duración indefinida en las relaciones que se desenvuelven dentro del Derecho inmobiliario; su objeto: los inmuebles y la actividad consciente del Estado sobre la economía de los mismos. La finca es una parte del territorio, y éste, uno de los dos elementos integrantes—territorio y población—de toda soberanía. En el territorio radican las más importantes fuentes de la riqueza del país. Así lo reconoció nuestro insigne Caudillo en un inte-

resante discurso del día final del Año de la Victoria. El Estado no puede desentenderse del conocimiento de las relaciones jurídicas que tienen por base su territorio, y de ahí la necesidad del Registro como una institución de Derecho público, muy diferente a su explicación como una forma de *publicidad* de las transmisiones de la propiedad privada.

La precedente investigación utiliza, como es natural, la distinción de las cosas en muebles e inmuebles. Ahora bien: si en esta diferenciación se basase el concepto del Derecho inmobiliario, coincidiría con el de Oliver y se encerraría el sistema en un círculo vicioso. Después de haberle sustantivizado frente al Derecho civil, quedaría implícitamente incluido en el mismo bajo la noción de *leyes civiles de la propiedad territorial*. Pero no es esto: en la subordinación jerárquica de los elementos que integran el concepto, la naturaleza inmueble de las cosas, aun siendo esencial, se supedita a la actividad rectora del Estado sobre la economía de tales bienes. Es decir, la propiedad inmueble exige la función registral como *interés inmediato del Estado*, no como *interés mediato* para la construcción de un orden económico-jurídico. En la doctrina resultante de la ley actual, la noción del Registro se desvanece entre las formas posibles de *publicación* de los derechos; puede ser sustituida por otra que resulte jurídicamente más perfecta. En cambio, vinculada la idea del Registro a la del territorio, se ofrece como un atributo indeclinable de la soberanía del Estado.

La posibilidad de la definición del Derecho inmobiliario resulta, por lo tanto, de la existencia de dos *notas* que sustantivizan el concepto; el Registro de la Propiedad inmueble, función propia de la soberanía; la disposición de la funcionalidad registral adaptada al ideal económico-jurídico de regulación de la propiedad inmueble que se profese. Así se llega a la *ley última*, y, por lo tanto, *permanente*, a la *causa* del Derecho inmobiliario o registral.

\* \* \*

d) Tres denominaciones suelen emplearse para designar esta rama del derecho: *inmobiliario*, *hipotecario* y *registral*.

La primera tiene su origen en las concepciones alemana y anglosajona, y se debe, como técnica, a los escritores alemanes. Se funda en la consideración de este derecho como parte del Derecho civil que se refiere a la propiedad inmueble.

La segunda es de uso muy extendido en España, sobre todo desde la Ley de 1861, a la que se dió el nombre de *Ley hipotecaria*. Como la regulación de la *hipoteca* exige la determinación especializada del dominio y la de cualquiera otra carga o derecho real (para establecer la debida relación entre sus respectivos rangos) que afecte a las fincas, la denominación Derecho hipotecario no supone un contenido menor que el que pueda asignarse al Derecho inmobiliario. Ocurre, sencillamente, que se indica el *todo* por el nombre del derecho que entraña el caso más *típico* de aplicación del crédito territorial. Se halla tan entraizada en nuestra técnica tradicional que, a su favor, militan muchas razones de orden práctico.

No sucede lo mismo con la locución *Derecho registral*, bajo la cual muchos, influídos por los escritores alemanes, sólo comprenden la parte del Derecho inmobiliario que se refiere a la organización y funcionamiento del Registro. Esto obedece a que ven el Registro como la *forma* en que *actualmente* se realiza la *publicidad* de las transmisiones y gravámenes. Los escritores alemanes dividen el Derecho inmobiliario en *material* y *formal*, y dentro del último incluyen lo concerniente al Registro, a los libros, a los Registradores, al procedimiento, etc.

Si se tiene en cuenta, en cambio, que el Registro, aparte de ser forma de la *publicidad*, y antes de serlo, es una función vinculada a la soberanía del Estado, con independencia del ideal de política-económica a que se quiera servir, la noción del Registro adquirirá carácter preeminente en estos estudios, y se equiparará (como ya es frecuente hacerlo en el uso corriente) a las locuciones anteriores, y con más derecho que ellas, en cuanto acepta para designar la nueva rama el elemento que constituye su *ley última y permanente*.

AURELIO RODRÍGUEZ MOLINA

Registrador de la Propiedad

## A R A N C E L

El Arancel de honorarios de los Registradores de la Propiedad hoy vigente, que comenzó a regir el 15 de julio de 1920, se ha hecho viejo. El anterior pudo llenar las necesidades de su cometido durante más de treinta años, hasta que la transformación de la vida y la subida del valor de la propiedad inmueble que siguió a la guerra del 14 al 18 hizo necesaria su sustitución. El Arancel actual, en poco más de veinte años, está ya decadente.

En esa decadencia y la necesidad de sustitución o al menos de reforma, juegan varios factores, unos de orden personal, de orden material otros. Entre los primeros podemos señalar los impuestos que gravan los honorarios de los Registradores; esos impuestos, que hasta hace poco se reducían al de utilidades, se han multiplicado en forma que, además de ese que perdura, se pagan en la actualidad el municipal, el de vejez, el familiar, y, por último, el del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España.

El factor del personal auxiliar es también de gran importancia en el problema. Los oficiales de los Registros, que antes disfrutaban de una modesta remuneración, a veces meros escribientes que alternaban esta función con otras, hoy constituyen un verdadero Cuerpo, con inamovilidad, derechos pasivos y participación en los honorarios. Esta participación es generalmente muy elevada, sobre todo en las oficinas de mayor categoría y en aquellas otras en que por estar la propiedad muy dividida las operaciones registrales son en número muy elevado. Desde la época en que se estimaba fabuloso el sueldo de 2.500 pesetas anuales, que disfrutaba el sustituto de uno de los Registros de Madrid, maestro en la práctica de varias generaciones de Registradores, hasta el momento actual, hay una enorme diferencia. Hoy los oficiales y auxiliares de los Registros, que trabajan y viven de éstos, a más de los 493 Registradores en activo, son unos 1.500; es decir, que de nuestras oficinas viven 2.000 familias.

A estos dos factores hay que añadir el enorme coste de la vida, la elevación de precios de cuantos artículos son precisos para ella: alimentos, mobiliario, vestido, estudios, viajes y educación de los hijos. El Arancel vigente se consiguió tras una lucha titánica y constante, cuando ya el Estado había elevado el sueldo a todos sus funcionarios retribuidos en esa forma y permitido también el aumento en los Aranceles de otros Cuerpos que los tenían. Ahora han vuelto a elevarse los sueldos, algunos varias veces, porque el Estado se ha dado cuenta de las enormes dificultades en que sus servidores se debaten para poder subsistir y trabajar. Las razones de ese aumento en los sueldos no son distintas de las que rigen para las retribuciones por Arancel.

Los factores de orden material hacen relación al coste del alquiler de local, calefacción, luz y enseres de oficina de toda clase, pero especialmente de los libros. El que esto escribe alcanzó por una sola vez aquellos felices tiempos en que el Estado, considerando que los libros del Registro de la Propiedad son suyos, proveía de ellos gratuitamente a los Registradores: muy poco después se les puso ya precio, creo que 8,75 pesetas los de inscripciones y algo más los Diarios; hoy cuestan ya cerca de 60 pesetas, y no se sabe si parará ahí la subida; y ese renglón en algunas oficinas, en las que están en reconstrucción más especialmente, es de una enorme importancia.

A más de todo esto, en el Arancel actual faltan conceptos, hay que aclarar otros, variar el mecanismo de algunos y traer disposiciones que le competen y están hoy desperdigadas en otros preceptos legales o reglamentarios. Algunos de los preceptos enunciados que como nuevos figuran en sus números fueron por eso, por ser nuevos, desarrollados con una visible timidez: tal ocurre con la retribución que el número 2 señala para la calificación de un documento en el que no se practique operación alguna. En 1920, cinco pesetas era una cantidad que representaba algo; hoy, desgraciadamente, no representa casi nada, y menos la retribución del estudio técnico y concienzudo de un documento y la redacción de una nota fundamentada, contra la que puede ser entablado recurso gubernativo. Y falta aquí, además, el señalamiento de honorarios para el caso, muy frecuente, de que los interesados pidan minuta de la calificación, sin querer que se ponga nota en el documento hasta que ellos la estudien y resuelvan.

Las escalas del número 3 debían tener una mejor remuneración, so-

bre todo en los tipos que excedan de las 10.000 pesetas, y sin detenerse en una cifra tan rara como la de 75.000, llegar en la retribución fija hasta las 100.000 pesetas, aplicando el 0,25 sólo desde el exceso de esa suma.

El número 4, dedicado a las cancelaciones, es un ejemplo de la timidez con que se acometió todo lo nuevo en el Arancel actual. Se salió del absurdo del anterior, que retribuía con 7,50 pesetas las cancelaciones que representaban un valor de 5.000 pesetas en adelante, aunque ese valor supusiera millones; pero fijar, como éste lo hace, la escala del número 3 para los valores hasta 5.000 pesetas y la mitad sólo para el exceso, es cosa que no tiene ninguna justificación. Ni la importancia ni la responsabilidad que representa un asiento cancelatorio son menores que las que puedan atribuirse a los de adquisición o inmatriculación, y por ello la retribución debe ser idéntica, y si algo quiere hacerse como beneficioso en favor de la cancelación de gravámenes, puede ponerse un tope, todo lo rebajado que se quiera, con relación al que rige para las inscripciones propiamente dichas.

Respecto al número 5 hay que decir algo análogo a lo que hemos expresado al referirnos al número 2. Es retribución fija muy exigua, que necesita modificación. Ya el artículo 478 del Reglamento Hipotecario, muy anterior al Arancel, concede a estas inscripciones en el libro especial de incapacitados toda la importancia que tienen, al decir que devengarán el máximo de honorarios fijados en el número 7 del Arancel, refiriéndose al entonces vigente.

Los números desde el 8 al 12 se ocupan de las manifestaciones y certificaciones. La manifestación de las fincas en la oficina es una directa consagración del principio de publicidad que establece el artículo 279 de la ley Hipotecaria y consagran los 358 al 360 de su Reglamento. Este examen de inscripciones mediante la puesta a disposición de los interesados de los libros que las contienen, es de mucha importancia y gran volumen en las grandes poblaciones y aun en los partidos de las regiones, como Cataluña y Valencia, donde el Registro de la Propiedad ha llegado a su pleno desarrollo. Supone disponer de una habitación sólo para los manifestantes y de un empleado que facilite los libros que se le pidan y esté al cuidado de lo que se hace con ellos. Pues bien: todo esto, que se retribuía con una peseta desde el año 1888, sigue hoy con análoga retribución: es decir, en sesenta años no ha variado la retribución por un mismo servicio. Creemos que no haría

falta decir más, pero si hay que decir, hay que decir que este trajín enorme de los libros los destroza y los estropea, pues no puede exigirse a los que los manejan sin costumbre de ello que tengan el cuidado de los profesionales, y que todo ello da o debe dar lugar a composturas y reparaciones que no se hacen gratis precisamente.

El número 9 había que modificarle en razón al valor de las fincas de cuya inscripción se certifique literalmente, cosa que tiene precedentes en el número 9 del Arancel anterior y en el número 10 del notarial.

También el número 10 necesita ser modificado; certificar en relación supone un trabajo no siempre muy fácil y una especial responsabilidad; había que estirar esa escala, llegando a lo que en caso análogo dispone el número 12 de los expresados Aranceles notariales.

Los números 13 al 17, nuevos en el actual Arancel, están redactados con esa medrosidad de que antes hablamos: había que depurarlos un poco en su tacañería. Estos números del 8 al 17 se refieren sólo a manifestaciones y certificaciones; pero ¿son éstos los únicos modos de publicidad en los Registros? En la práctica, no. Es frecuente que los interesados no sepan manejar los libros de inscripciones ni puedan enterarse de éstas por su simple lectura; lo es asimismo que necesiten copia o extracto de los asientos, sin que les sea precisa con todos los requisitos de una certificación; pero es el caso que el artículo 361 del Reglamento Hipotecario prohíbe a esos interesados sacar copia de los asientos ni exigir de la oficina otro auxilio que el de la manifestación de los libros. De esa necesidad y de esa prohibición ha nacido la costumbre de dar notas simples, ya copia o relación de los asientos, cuyas notas, sin estar adornadas de ninguna formalidad, bastan en muchos casos para llenar el objeto para el que se las pide.

Pues bien: estas notas, no antirreglamentarias, sino extrarreglamentarias, no tienen existencia arancelaria y debieran tenerla, no perjudican a nadie y llenan una necesidad, proporcionan el mismo trabajo que una certificación, pero no tienen ni su responsabilidad para el que las da, ni su eficacia para el que las pide: por eso, su retribución podía ser un tanto por ciento, la mitad si se quiere, de la de las manifestaciones.

Del número 18, uno de los más importantes del Arancel, hemos de decir ahora lo que se consignó en nuestra ponencia cuando se redactó, y que hemos repetido muchas veces de palabra y por escrito. Ni los libros del Registro, ni las fincas inmatriculadas, ni las inscrip-

ciones de ellas, ni los índices, están ordenados por años; el tiempo no es base ni de organización ni de trabajo en el mecanismo de nuestras oficinas; los Notarios tienen sus protocolos por años, y por años pueden buscar en ellos; los libros de liquidación del impuesto de Derechos reales se llevan por años también; pero si en los Registros de la Propiedad no sucede así, ¿por qué las buscas de fincas, para manifestar o certificar, se han de cobrar sobre esa base que no existe? Es un absurdo que no hemos podido comprender nunca y que da lugar a que si se busca una finca que tenga una sola inscripción redactada en 1863, el Registrador la habrá examinado en unos minutos y cobrará el máximo que autoriza el Arancel; pero si, por el contrario, la finca buscada, aunque su inmatriculación sea de los dos o tres últimos años, tiene numerosas inscripciones, ese funcionario habrá perdido bastantes horas en desentrañar los asientos y sólo podrá cobrar la busca de los pocos años transcurridos desde el primero.

Por ello hemos entendido siempre que este número, tal y como está redactado, debe desaparecer en absoluto y ser sustituido por otro en el que para la busca se tenga sólo en cuenta el valor de las fincas y el número de asientos de cada una.

Estas razones aconsejan variar en sentido análogo el número 19, es decir, señalar para este caso una cuota fija y exigir, además, que se diga, y esto es común para el número 18, el término municipal a que la busca se ha de contraer, ya que los índices están generalmente llevados por Municipios.

Las disposiciones que rigen para la percepción de honorarios en la reconstrucción de Registros destruidos deben venir también al Arancel. No es cosa que haya ocurrido nunca antes de la guerra la destrucción de Registros en bloque, que aproxima a un centenar los total o parcialmente desaparecidos; pero la destrucción por accidente de alguno, como caso aislado, no ha cesado varias veces de ocurrir; por ello este Arancel especial tiene carácter permanente y debe ser incluido en el general cuando éste se modifique o renueve. Y al decir esto no queremos, en modo alguno, indicar que sea el mismo Arancel que hoy se aplica para esos casos el que debe refundirse en el otro; no queremos indicarlo porque si el Arancel de honorarios ha de llenar el cometido de satisfacer los gastos de oficina (personal y material) y proporcionar al funcionario que sirve el cargo una decorosa subsistencia, es evidente que el vigente para la reconstrucción de Registros no llena ni con mucho si-

quiera el primero de esos fines. El Arancel cuya reincorporación pedimos ha de ser, pues, otro muy distinto del actual, y no queremos decir más de ello, pues éste es asunto enjuiciado y juzgado definitivamente.

En cuanto a las reglas generales, hemos de decir, refiriéndonos concretamente a la 12, que debe subsistir la exigencia al interesado de la nota en que se haga constar el verdadero valor de la finca a los efectos de la inscripción, y también lo de comprobar por el valor que se la atribuye en anteriores inscripciones, en algunos más de los cinco años que ahora se señalan; pero que, fuera de estos dos casos, pueden utilizarse todos los medios y formas de comprobación que para el impuesto de Derechos reales señala el capítulo VI de su Reglamento, y esto porque creemos que ese capítulo ha agotado la materia.

Por lo que respecta a las entidades que gozan beneficio de exención o rebaja de honorarios, deben determinarse con todo detalle en una de estas reglas y disponer que no podrá hacerse variación ni adición alguna sobre el particular en Decretos u Ordenes ajenas a este Arancel, sin modificar expresamente este precepto. La mención que el segundo párrafo de la regla 14 hace de los Pósitos, Sindicatos Agrícolas y Monte de Piedad, es insuficiente.

Debe determinarse asimismo quiénes son las personas o entidades, aparte del Estado, que tienen derecho a dirigirse al Registrador pidiéndole datos, antecedentes y certificaciones, sin abonar derecho alguno por ello, pues estas peticiones han crecido como la mala hierba y hoy en los Registros apenas si basta un oficial para atenderlas.

El talonario que creó la regla 16 ha quedado desplazado y en desuso por el que estableció la Ley de Reforma Tributaria; es éste completamente inadecuado y de difícil aplicación para el trabajo de nuestras oficinas, y, lo mismo que el anterior, sólo constituye una inútil rémora. Los Registradores consignan sus honorarios al pie de las inscripciones, al pie de los títulos que se inscriben y en el libro especial y oficial que a ese solo efecto y por precepto reglamentario se lleva en todos los Registros; es decir, los honorarios se declaran tres veces; ya es bastante.

¿Se reformará el Arancel? ¿Cuándo? ¿Quién lo sabe! Los que luchamos en favor del vigente no veremos, quizás, su reforma, pero ahí quedará la semilla, que otros utilizarán para que fructifique.

## Del crédito por dote estimada

A parte de las características diferenciales que en cuanto a titularidad, riesgo, restitución, percepción de frutos y administración separa a la dote inestimada de la estimada, hay en sus respectivos desarrollos otra importante distinción, que radica en el silencio o situación estática en que queda sumergida la estimada desde que se constituye hasta que surgen las hipótesis de su restitución; a diferencia de la inestimada, cuyo permanente dinamismo, constante el matrimonio, es nota esencial de su carácter y fuente de sus utilidades y provechos.

Es decir, que así como en la dote inestimada hay tres momentos fundamentales: constitución, desenvolvimiento y restitución, en la estimada sólo son dignos de notar el primero y el tercero; el segundo carece de peculiar relieve jurídico. Constituida la dote, los bienes que la integran pierde su especial fisonomía—como otra adquisición cualquiera de dominio se inscriben los inmuebles y derechos reales, dice el artículo 172 de la ley Hipotecaria—, acrecen el capital del marido, que los administrará y percibirá sus frutos como propietario o titular, y no, como en la inestimada, por su calidad de marido (art. 1.357 del Código civil).

Más, en esa pasividad en que durante el matrimonio queda la dote estimada, y para dar a ésta toda la fuerza de su existencia llegado el momento oportuno, nace por el importe de su evaluación, según nuestro ordenamiento legal, un crédito a favor de la mujer, que el marido ha de satisfacer al disolverse el matrimonio o en los supuestos en que, por quedar alterada o interrumpida su vida normal, señala el Código civil.

Este crédito ofrece sugestivos aspectos de estudio, de los que destacan los relativos a su significación, naturaleza jurídica, responsabilidades que pueden alcanzarle y modo de hacerlas efectivas.

### a) Significación.

El crédito que nace por el importe de los bienes dotales estimados

constituye un elemento del patrimonio de la mujer casada, un activo en su favor, y así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 26 de mayo de 1908, al declarar "*en todo caso caso al marido deudor del precio*". y es claro que no puede haber deuda sin reciproca pretensión.

En esta sentencia, que constituye un precedente valiosísimo para el problema aquí tratado, se sienta la siguiente doctrina en su segundo considerando: "Que, si bien el dominio de la dote estimada se transfiere al marido y sus productos se hallan destinados a sostener las cargas del matrimonio, tanto por la legislación romana, aplicable a Cataluña como derecho supletorio, como por el Código civil, no puede desconocerse que permaneciendo en el matrimonio los bienes de dicha dote, y siendo en todo caso el marido deudor del precio, no debe estimarse a la mujer desposeída en absoluto de los mismos, pues en ciertas hipótesis puede volver la dote durante el matrimonio a la mujer."

Al analizar la precedente doctrina se echa de ver que, en la consecuencia que saca de la imputación de deuda al marido por el precio de los dotales estimados, no brilla la precisión científica que era de esperar, pues reputar que la mujer no queda por ello "desposeída en absoluto de los bienes" es olvidar la naturaleza y desenvolvimiento que caracteriza a la dote estimada que causa venta, haciéndose el marido dueño de los bienes y deudor del precio; con lo cual queda extinguida la anterior relación dominical y sustituída, jurídica y económicamente, en el patrimonio de la mujer por el crédito del precio, que ninguna conexión tiene con los bienes, salvo el caso de quedar especialmente hipotecado en garantía del mismo. Pero en este supuesto, la relación con los bienes la crea el nuevo derecho real de garantía, no el crédito dotal en sí. A éste no le es esencial la salvaguardia de la hipoteca, por lo cual su íntima naturaleza no puede depender de esa agregación, sin desconocer por esto el influjo que pueda tener en su desarrollo posterior.

Estos argumentos cuadran perfectamente al Derecho catalán, pues no afecta ni desvirtúa la esencia de la dote, en el aspecto a que nos referimos, el que durante el matrimonio sea posible su restitución, ya que ésta habrá de hacerse en la estimada devolviendo su valor y no los bienes, con los cuales quedó cortada toda relación al constituirla.

La misma sentencia, tras esta vacilación técnica, fija bien los términos del problema al afirmar en el tercer considerando "que la transformación que dentro de la sociedad conyugal sufren los bienes de los

hijos (cónyuges) no les libera del cumplimiento de ciertas obligaciones, siempre que en ella (en la sociedad) aparezcan con derechos que pueden y deben servir de base para tal cumplimiento".

Es decir, que, como afirmábamos antes, lo que se aportó como estimado se ha transformado en un crédito. Potencialmente, el patrimonio de la mujer no ha sufrido alteración; a la dote ha sustituido la pretensión por su valor, y es, por consiguiente, lógica la afirmación de no reputar a la mujer desprovista de medios económicos.

En síntesis, el Tribunal Supremo considera el crédito por dote estimada como un activo que puede servir de base al cumplimiento de ciertas obligaciones.

*Su naturaleza patrimonial.* — Este crédito, ¿en cuál de los patrimonios especiales que integran el haber de la mujer casada hay que catalogarlo? Dentro del Código Civil, los bienes de la mujer pueden ser dotales o parafernales, siendo preciso para que tengan el primer carácter que se les invista de tal cualidad, pues en otro caso rige la presunción a favor de los reservados.

Rechazamos su inclusión en los parafernales, porque si bien el crédito en sí no se aporta al matrimonio como dote ni se agrega a ella, su nacimiento se debe a la transmisión del dominio o titularidad de un bien dotal al marido, y de igual modo que la pretensión por el importe de la enajenación de un elemento integrante de la dote sería dotal (arts. 1.337 y 1.361, párrafo segundo), a virtud de la subrogación real que se establece, el que nos ocupa no puede tener otro carácter.

Siguiendo las consecuencias del principio de subrogación, como el bien que se aportó era dotal y se entregó al marido en concepto de estimado, la pretensión por su valor debería ser dotal estimada; pero esto nos conduciría a un círculo vicioso del que nos libera el recordar: a) Que de los dos patrimonios especiales que forman el haber de la mujer casada, la cosa aportada que originó el crédito salió del dotal. b) Que la distinción de estimada e inestimada no afecta al patrimonio en sí, sino al modo de rendir sus beneficios y llenar su finalidad dentro del matrimonio. c) Que lo primero que tiene que hacerse para que surja la dualidad patrimonial es afectar el bien de dotal, quedando relegada a un segundo lugar la determinación de su especie. Proceso que marcan con toda claridad los artículos 1.336 y 1.346, de los cuales resulta que la investidura de la cualidad genérica, "dote", ha de preceder a la específica, "estimada o inestimada". d) Que la nota que

tipifica la dote estimada es que el dominio o titularidad pertenece al marido, carácter incompatible con este crédito, puesto que el marido asume en él el papel de deudor.

Por consiguiente, si bien el crédito entra a formar parte por subrogación real del total patrimonio dotal, dentro de éste no se puede pertenecer a otra especie que a la del inestimado.

*Responsabilidades que pueden alcanzarle y modo de hacerlas efectivas.* — Conforme a la calificación de dotal inestimada que hemos asignado al crédito, estará sometido al régimen jurídico y responsabilidades que la ley asigna a esta clase de bienes.

El artículo 1.362 del Código Civil sujeta los bienes dotales inestimados al pago de los gastos diarios usuales de la familia, previa exclusión de los gananciales y de los privativos del marido, entre los cuales se encuentran los dotales estimados.

Puede ocurrir que no existiendo más bienes en la sociedad conyugal que los dotales estimados, y estando hipotecados por su total valor, o cuando habiéndose constituido la estimada en muebles el marido tenga hipotecado en su garantía un bien propio que agote su potencia económica, haya que hacer pagos por esos gastos diarios usuales. Y aquí surge un problema de difícil solución si la sociedad conyugal da lugar a que el acreedor exija el cumplimiento forzoso.

En este supuesto, el acreedor ¿sobre qué debe hacer efectivo su derecho? ¿Sobre la finca? Siguiendo el orden de prelación que marca el artículo 1.362, como la finca es del marido, hay que hacer previa exclusión de ella; mas como el inmueble no tiene prácticamente ningún valor, ya que está embebido por la hipoteca, es de esperar que el acreedor no gaste el tiempo en ejecutarlo. (Jurídicamente, no es obstáculo para la enajenación la existencia de un gravamen, hipoteca o servidumbre, que agote el valor de la finca, como dice la resolución de 20 de abril de 1930; pero económicamente no deja de ofrecer inconvenientes.)

¿Sobre el crédito hipotecario? Ofrece esta hipótesis una dificultad legal, debida a la prohibición dispositiva que señala el artículo 152 de la ley Hipotecaria, cuyo fundamento radica, según la exposición de motivos, en la necesidad de proteger a unos sujetos de capacidad restringida contra sus irreflexivos actos. Sin embargo, si tomáramos como base exclusiva este argumento, pudiera llegarse a la conclusión de que la prohibición no tuviese virtualidad en los casos de enajenación instada por un tercero a través de la actuación procesal, pues si bien el loco,

el pródigo, el menor de edad, etc., no pueden disponer de sus bienes, esto no obsta a las enajenaciones que por reclamación de deuda se lleven a efecto en ejecución judicial. La Dirección general, en resolución de 7 de julio de 1900, declaró que las restricciones dispositivoas afectan a los actos voluntarios de quienes los sufren o en cuyo beneficio las establece la ley, quedando fuera de su alcance las instadas por un tercero a través de los Tribunales.

En realidad, este criterio no es aplicable al caso de las hipotecas legales, porque su naturaleza corresponde a las que la doctrina califica de seguridad o de fianzas hipotecarias, cuya vida pende del desenvolvimiento y vicisitudes que el crédito pueda sufrir. Aunque la hipoteca por dote estimada no constituya un tipo de fianza hipotecaria (1), pesa sobre ella la misma incertidumbre, ya que mientras subsiste el matrimonio se ignora si el marido deberá o no restituir al tiempo de su disolución, como prevén los artículos 1.350, y 1.351 en relación con el 73, 1.333, número 3.<sup>º</sup>; 1.336, 1.373 y 1.378.

Sin embargo, el alejamiento del tráfico de los créditos por hipoteca legal no es tan absoluto, pues la Dirección general ha afirmado la posibilidad de que en ciertos casos tales créditos puedan ser objeto de una relación jurídica. Así, la resolución de 20 de enero de 1914 declaró anotable a favor de los acreedores de la mujer la hipoteca constituida por el marido en garantía de los parafernales, sin perjuicio de la cancelación de aquélla si por cualquier causa quedara el marido exonerado de la obligación de restituir.

De acuerdo con este precedente, el acreedor podrá llevar su actuación contra el crédito hasta el embargo y anotación subsiguiente, en cuyo estado se detendrá en espera de que, llegado el momento de la restitución, se consolide o desvanezca.

Esto nos pone de manifiesto que el acreedor, para quedar a salvo de todo evento, debe dirigir su acción conjuntamente contra la finca y el crédito, bien siguiendo la primera hasta la adjudicación, que será lo más probable, pues ante el gravamen que agota el valor de la finca es segura la ausencia de postores, o limitándose, como en el crédito, a la simple traba, a fin de que llegado el momento de la restitución, y consolidado o desaparecido éste, continúe la ejecución de una u otro.

(1) Jerónimo González: "La hipoteca de seguridad." *R. de P.*, págs. 129 y sigs.

# Necesidad de la reforma del régimen inmobiliario

Siendo las instituciones jurídicas un reflejo exacto de la concepción político-social imperante en un momento dado, produciéndose su acomodamiento a las exigencias del sistema en vigor, es indudable que en los tiempos que corren de incesante transformación en la organización y dirección del Estado, el ordenamiento jurídico tiene que manifestarse con contenido distinto al que se va borrando ante el impulso de la tendencia que pugna por ser.

Ello hace interesante el estudio de si actualmente la controvertida diferenciación entre Derecho público y Derecho privado ofrece caracteres más difíciles para colocar ambas esferas del Derecho en campos delimitados e independientes. Se dan situaciones múltiples que, correspondiendo a la materia tradicional del ordenamiento jurídico privado, se acentúa en ellas la nota del *Imperium*, que relega la determinación volitiva de los particulares, no haciéndose posible el derecho subjetivo como interés individual tutelado jurídicamente, sino predominantemente social.

Partiendo de lo general para llegar a lo particular, trato de exponer cuáles son los supuestos que deben presidir el ordenamiento inmobiliario registral acorde con los principios que imprimen nueva existencia al Estado.

## I

### CRÉDITO TERRITORIAL

Se señalan dos fines a cumplir por el ordenamiento inmobiliario: 1.<sup>º</sup> Favorecer el crédito territorial. 2.<sup>º</sup> Asegurar las relaciones jurídicas reales sobre inmuebles.

*Crédito territorial.*—La propiedad raíz es el soporte económico de las relaciones crediticias. Su titularidad es antecedente necesario de la garantía que ella hace posible con la concreción y trascendencia del Derecho real, fortaleciendo la diluida y no preferente responsabilidad que supone el estar todo el patrimonio del elemento pasivo de la obligación sujeto al pago de sus deudas (art. 1.911 del Código civil).

En incrementar esta garantía real que es la hipoteca, puso todo su cuidado el legislador español desde el planteamiento del sistema. Fracasado intento por la ineficacia de medios antagónicos con el fin propuesto, que la experiencia de muchos años hizo más rotundo. Inspirando estimables trabajos, que si bien proclamaron idéntico fin, escogieron como medios para su adecuada realización elementos que no fueron tenidos en consideración al redactar la ley Hipotecaria: movilización máxima de la propiedad, de que es expresión el título real del sistema australiano. Inscripción forzosa e hipoteca del propietario consagrados en el Derecho alemán.

Afirmar el crédito territorial, finalidad primordial del ordenamiento hipotecario aun en la época de la primitiva ley era exagerado, pues no es sino una faceta de la institución registral. Ello, no obstante, no es posible estudiarle con separación de los principios hipotecarios, pues para que se dé la hipoteca se precisa de una determinación física del inmueble. De una especificación exacta del derecho. Y si el titular puede dar en garantía su finca o derecho, es porque goza de la protección legitimadora, con presunción incontrovertible si se dan las notas de la buena fe y carácter oneroso de su adquisición, o meramente *iuris tantum*. En Alemania, que constituye la más firme representación de los países donde el crédito hipotecario ha logrado un mayor desenvolvimiento, parece se inicia orientación contraria a la indicada.

A este objeto es interesantísimo el trabajo de D. Jerónimo González (publicado en esta Revista, correspondiente a los meses de febrero y marzo de 1940), sobre todo en la parte relativa al comentario de la obra de Hedemann, del cual destacamos únicamente los siguientes párrafos, que reproducimos literalmente: "La agricultura es sagrada; el suelo, santo, y hay que liberarlos totalmente de las tres plagas: la pulverización territorial (Bodenzersplitterung), el endeudamiento (Bodenverchuldung) y el egoísmo (Bodenegoismus) ... De aquí el patrimonio familiar, el dominio eminentemente amplio contenido, la necesidad de sustituir el crédito inmobiliario por la garantía de organizaciones cam-

pesinas o profesionales, la reducción forzosa de los gravámenes, la transformación de las acciones y procedimientos ejecutivos, la protección de los embargados, la nueva orientación del Registro de la Propiedad."

En este mismo año el Profesor Sr. Pérez Serrano ha hecho un meritísimo estudio de la tendencia que se hace patente en Alemania para redactar un nuevo Código como consecuencia del obligado acomodamiento a los principios del Estado nacionalsocialista. No entramos en su estudio por rebasar nuestro objeto y haberlo sido ampliamente en varios artículos publicados en esta REVISTA CRÍTICA, recogiendo la doctrina expuesta por el citado Catedrático de la Universidad Central en sus conferencias de la Academia de Jurisprudencia. Unicamente tenemos que hacer mención por el interés que tiene para esta materia, a la desviación del criterio exageradamente individualista del B. G. B. en materia de propiedad inmueble. Atribuyendo ahora al propietario la posición jurídica de fiduciario de la comunidad, e integrando su concepto notas de positivo valor social. Impidiendo que el titular pueda perfilar sus facultades dispositivas o de disfrute en desacuerdo con las necesidades y exigencias del Estado, al que tiene que doblegar su actuación, no constituyendo en sí un pequeño mundo, como se acentúa en la etapa del liberalismo económico, nutrido de la dirección de un régimen político de tal naturaleza.

El Estado nacional español tiene gran analogía con el alemán, no sólo por las circunstancias que concurrieron en su nacimiento, sino también por entronizar la omnisciente y omniscomprensiva intervención del Estado. Y por el escaso valor concedido al individuo en el proceso económico. Si bien aún no se ha llevado a total realización el forzoso acomodamiento de las instituciones jurídicas al sistema político-social, el hecho tendrá que producirse, y nuestro régimen inmobiliario registral será regulado con sujeción a los nuevos postulados del Estado.

De la analogía existente entre los dos países no puede llegarse a la conclusión de que los hechos sean los mismos, ni siquiera lo es nuestra organización territorial, dato éste de gran importancia para la orientación a seguir. No obstante, no creo mantener posición equivocada al formular la siguiente afirmación: el crédito territorial ocupará finalidad menos relevante en los bienes raíces rústicos, sobre todo en la mediana y pequeña propiedad y para garantizar créditos con destino a

las necesidades del sustento o de la agricultura. La afección real hipotecaria será sustituida por la responsabilidad económica atribuida a los productos de la tierra, que en su gran parte están sometidos a la intervención del Estado por medio de sus servicios y organismos sindicales, los cuales, a su vez, tendrán la posición jurídica de acreedores por los préstamos realizados.

En la propiedad urbana, el crédito territorial tendrá su desenvolvimiento normal. Y ya el Estado nacional se ha preocupado de su protección en la Ley de 26 de octubre de 1939, dictada en beneficio de la reconstrucción nacional impuesta como consecuencia de la pasada guerra.

## II

### ASEGURAMIENTO DE LAS RELACIONES JURÍDICO-REALES SOBRE INMUEBLES

Constituye el enunciado el aspecto fundamental de este trabajo, y a mi juicio, en este período histórico, la finalidad esencial a cumplir por el ordenamiento inmobiliario.

La clasificación que en derecho se hace de las cosas en muebles e inmuebles es interesantísima desde el punto de vista de su reglamentación jurídica, más severa en los inmuebles por entenderse que el suelo constituye un objeto de señorío de naturaleza especial por la permanencia que lleva consigo y por la complejidad de las relaciones jurídicas en el suelo contenidas.

El objeto de la relación jurídico-inmobiliaria está constituido por la finca o por un derecho real que se refiere a ella o elevado a su rango hipotecario (últimos párrafos del artículos 8 L. H.). Si bien éste no es el lugar adecuado para dar el concepto de finca, sí destacaremos que hipotecariamente no interesa ni el aspecto jurídico-civil ni el gramatical o físico. Es un concepto esencialmente formal, ya que hasta la inmatriculación en el folio no puede hablarse de finca en el expresado sentido, lo cual no quiere decir que se prescinda del aspecto físico; pero como dejamos indicado, es más amplio el concepto de finca hipotecariamente.

Consideración formal de la finca que llega a su más alto grado al admitirse en nuestro ordenamiento entidades hipotecarias con exis-

tencia únicamente tabular y anterior a su vida física. (En comprobación, puede estudiarse la Ley de 26 de octubre de 1939 en la parte relativa a los arts. 8 y 107 de la ley Hipotecaria.)

La entidad finca se delimita no sólo por el principio de especialidad, sino por ser el contenido y base de los que constituyen el sistema. De ahí que la certidumbre del tráfico jurídico exige el aseguramiento de todas las relaciones en ella contenidas, toda vez que, si bien es cierto, prevalece el folio real, la finca *per se* no tiene cabida en el oficio del Registro sino sólo en cuanto es objeto de un derecho real atribuido al interesado con efectividad *erga omnes*.

No es aquí oportuno estudiar las normas hipotecarias y del ordenamiento civil encaminadas a lograr el aseguramiento sobre inmuebles. Estas se dan desde la necesidad de un título apto en sentido de documento hasta la protección del Registro en favor del titular.

El legislador español, sólo muy imperfectamente, logra la finalidad indicada. Efectivamente, la timidez en otorgar fuerza absoluta a la inscripción, en virtud de la desviación del criterio inflexible mantenido en la base 52, debida a Luzuriaga, llegando a la distinción entre partes y terceros. No admitiendo la inscripción constitutiva sino en ámbito reducidísimo, que motiva una titularidad registral y otra a espaldas del Registro. La no terminante separación entre derechos reales y de crédito, consignándose en los asientos estipulaciones que caen de lleno en el campo obligacional, y, no obstante, se amparan en el folio hipotecario.

No se recogieron las notas que constituyen la tipicidad del derecho real, una de las cuales es su reconocimiento por el Derecho con trascendencia con relación a todas las personas distintas del beneficiario, siendo su consecuencia obligada al rigorismo de una publicidad sin excepciones que haga imposible la clandestinidad fomentadora de la inseuridad de las situaciones jurídicas que nos ocupan.

La reforma que propugnamos en este punto no puede obtenerse mediante el retoque de este o aquel precepto aislado. Es más amplia la dirección que debe seguirse, como trataré de esbozar.

La adquisición de un derecho real sobre inmuebles, ya tenga lugar por decisión judicial, ministerio de la ley o por expresión del consentimiento material o formal, debe operarse superando la doctrina del título y modo de adquirir en el sentido que se hace patente en el artículo 609 del Código civil. Sin que baste la mayor protección conce-

dida a la investidura del Registro, en el caso de doble venta (art. 1.473 del Código civil), ni ser tampoco suficiente el valor que entraña el artículo 17 de la ley Hipotecaria frente a la adquisición contradictoria que se intentara llevar al Registro. Aquí, igual que en el anterior precepto, se establece, aunque de modo incompleto, el principio de inscripción como única forma de dar eficiencia a las adquisiciones con relación a todos.

La finalidad del aseguramiento tendría realidad plena sustituyendo la tradición por la inscripción. En el supuesto del artículo 17 de la ley Hipotecaria no se podría hablar de "título por el que se transmite o grava"; la transferencia no sería posible sin la inscripción.

Exactamente igual en el caso de doble venta, una inscrita y otra in constar en el asiento, ésta no pudo servir de título al derecho real por no poder esgrimir el interesado los beneficios de la tradición, que en la fase que defendemos estaba superada al exigirse la constancia en el Registro.

Además, se conseguiría otra finalidad favorable al aseguramiento: la legitimación y garantía procesal activa y pasiva (arts. 41 y 24 de la ley Hipotecaria) tendrían una importancia decisiva en beneficio de la certeza de las relaciones jurídicas por lo que concierne a la oposición entre realidad tabular y extra-hipotecaria.

No debe creerse que la instauración de este sistema dé un matiz formalista a las adquisiciones, ya que implica crear un procedimiento de autenticidad que demanda en cada momento una publicidad inflexible, emanación de la propia esencia del derecho real. Y si por exigencias del tráfico jurídico la constatación en el Registro (art. 34, en su relación con art. 33, de la ley Hipotecaria) garantiza al titular, que ostenta los elementos contenidos en la ley, más buena fe, según criterio jurisprudencial, regando en ocasiones a derogar el apotegma *Nemo dat quod non ibet*, que es el mayor desenvolvimiento de las energías de la inscripción, no estimamos excesivo que el ordenamiento jurídico encargado de velar por la seguridad de los derechos reales sobre inmuebles gule con carácter de derecho necesario el procedimiento registral incartado a la transmisión y gravamen como uno de sus elementos esenciales.

Con esto nos hemos adentrado en el eterno tema de nuestros hipotecaristas: la inscripción forzosa, o más técnicamente, inscripción constitutiva. Materia que, en los tiempos actuales, adquiere un gran

interés, pues, el Estado nacional, que tiene sobre sí la tarea de renovar todas las instituciones jurídicas, poniéndolas en conexión con sus principios de actuación, comprobará que el sistema hipotecario, inspirado en la tendencia liberal del siglo XIX, lejos de afirmar la necesidad de su eficacia, le dió el golpe de muerte, o al menos, dificultó en gran parte, por el criterio diferencial ya apuntado entre partes y terceros, tradición y Registro.

Siendo el Registro de la Propiedad un organismo institucional de marcadísima dependencia del Estado no puede obtener una visibilidad de los titulares de los derechos inscritos, precisamente, porque la mayoría, que son titulares, no inscriben. Y si el Registro fué considerado como garantía no indispensable para el interesado, se originó un dualismo de situaciones jurídicas, favorable al confusionismo, donde sólo debió admitirse un criterio unitario, ya que lo distinto a él es la expresión de la debilidad e insuficiencia del sistema.

### III

#### INSCRIPCIONES

*Inscripción constitutiva.*—En buena técnica debe entender en tal acepción, no en sentido restringido, como expresión del nacimiento en el Registro del derecho, sino también su modificación, transmisión y extinción, implicando un trámite integrador en la vida y extinción del derecho real.

Si el derecho no se expresa en el folio está falso en su estación de un elemento indispensable para su viabilidad (valga la expresión). Mediante el asiento constitutivo la garantía otorgada se aúna con carácter sustantivo dimanante de su propia naturaleza.

Contrariamente, el asiento declarativo es contenido de derechos nacidos con anterioridad a su inmatriculación, no signando nada en orden a su perfección; ya el derecho tiene existencia ha dejado de ser; el folio sólo protege lo acaecido jurídicamente, si bien produce un efecto probatorio mientras subsiste, es consecuencia del mínimo valor que hay que conceder al libro hipotecario.

La inscripción constitutiva, en unión de otros supuestos jurídicos, crea, y, por tanto, protege el derecho apto para ser plasmado en ella.

La declarativa hace posible la expresión formal de un derecho creado extraregistralmente. Su función es garantir con más extensión que la derivada de su nacimiento ajeno al Registro.

De aquí llegamos a la consecuencia siguiente: la finalidad de aseguramiento tiene su adecuada realización en la inscripción constitutiva y sólo imperfectamente en la declarativa. Por la primera se sanciona una realidad jurídica: la recogida en el folio; la segunda, al proteger los derechos reales recogidos en su desarrollo pleno, hace posible el dualismo: realidad registral y exterior, dificultando que el aseguramiento sea incontrovertible.

Omito, por no dar demasiado contenido a este artículo, una porción de cuestiones relacionadas con la inscripción constitutiva, que, además, han sido suficientemente estudiadas: concordancia del Registro con el Catastro. *Numerus clausus* en los derechos reales. Distinción entre incapacidad jurídica y prohibición, excluyendo a las primeras de su influjo hipotecario mediante la reforma del criterio de la ley Hipotecaria. Adopción o no del consentimiento desligado de la causa obligacional. Ventajas o inconvenientes derivados de la supresión del libro diario de presentación. Modo de hacer las inscripciones, etc.

Mi propósito queda sintetizado en los siguientes términos:

1.<sup>º</sup> La imperiosa necesidad de la reforma del régimen inmobiliario deriva de no haber tenido en cuenta el legislador la naturaleza del derecho real sujeto a inscripción.

2.<sup>º</sup> Que estando el valor práctico de cualquier tendencia en íntima conexión con la necesidad que la motiva y expresándose dicha necesidad con gran fuerza en el Estado nacional por razones ya esbozadas. Se hace ostensible cómo en la forzosa renovación a él encomendada tiene que afectar de modo decidido a nuestro sistema hipotecario.

Labor que requiere por su complejidad, reflexión y estudio nacional del problema, pero cuya realización es de interés para que la garantía otorgada al sistema registral ostente las notas que ya quedan apuntadas, en cuya efectividad estriba el aspecto fundamental a cumplir por el ordenamiento inmobiliario en el período histórico que se inicia con la aspiración de dar un distinto contenido a la vida social y jurídica.

JOSÉ MARÍA LÓPEZ TORRES.

Registrador de la Propiedad

## Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR EL CAUSANTE CON SUS HEREDEROS NO SON DEDUCIBLES AUNQUE CONSTEN EN ESCRITURA PÚBLICA, SI LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA FUÉ PURA Y SIMPLE. LA PETICIÓN DE FRACCIONAMIENTO DE PAGO IMPLICA EL CONSENTIMIENTO DE LAS LIQUIDACIONES.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 26 de septiembre de 1938.*

Tal es la doctrina que acerca de esos dos interesantes extremos sienta la aludida resolución, sobre la cual anticipamos que nos ofrece serios reparos el criterio restrictivo que en ella campea, con evidente predominio de lo fiscal sobre lo jurídico. Veamos los antecedentes.

El causante D. Juan V. falleció en 24 de enero de 1935, bajo testamento otorgado en 1933, en el que, sin hacer referencia a deuda alguna, nombró herederos a sus dos hermanos.

Días antes del fallecimiento, el 17 de enero, los tres hermanos otorgaron escritura pública haciendo constar que el D. Juan era deudor a sus dos hermanos de diferentes cantidades recibidas de ellos en distintas veces y en concepto de préstamo, que sumaban 103.200 pesetas, las cuales se obligaba a devolver en el plazo de tres años. Por dicha escritura, y en el concepto de préstamo, fué satisfecho oportunamente el impuesto.

Presentadas a liquidación las operaciones patrimoniales, en ellas se figuró un caudal en bienes inmuebles de 88.676,99 pesetas, los cuales fueron adjudicados por mitad e indivisos a los dos herederos, como pago de la parte de deuda equivalente, pero el Liquidador no consideró deducible la deuda y giró liquidación en el concepto de herencia sobre todo el caudal inventariado y comprobado.

Los dos herederos promovieron recurso contra las liquidaciones en

tiempo oportuno, y, paralelamente al recurso, pidieron el fraccionamiento del pago, haciendo constar en la correspondiente instancia que tal petición había de entenderse formulada sin perjuicio de la reclamación entablada contra las liquidaciones.

La cuestión del fraccionamiento fué resuelta favorablemente, y como consecuencia de ella fué inscrita a favor del Estado la hipoteca de las fincas, como manda el Reglamento en los pagos fraccionados. En cambio, el recurso contra las liquidaciones, que se apoyaba en el párrafo 1) del art. 101—constancia de la deuda en documento público que lleve aparejada ejecución—, fué desestimado, y la desestimación reafirmada por el Tribunal Central, el cual desenvuelve su razonamiento desde tres puntos de vista: dos de orden fiscal y uno estrictamente jurídico.

Sienta primeramente que constando la deuda—art. 101, párrafo 1)—en documento público de indudable legitimidad, con fuerza ejecutiva a tenor del art. 1.429 de la ley Procesal y, además, liquidado por Derechos reales, pudiera ser calificada la deuda como deducible; pero que el hecho de pedir y obtener el fraccionamiento de pago supone que hay conformidad con las liquidaciones y que están consentidas por el contribuyente, máxime si se tiene en cuenta que se consintió la inscripción de la hipoteca a favor del Estado para responder del fraccionamiento.

Como segundo argumento invoca el Tribunal el art. 75 del Reglamento, cuando dice que, para los efectos de la liquidación, se considerarán como parte del caudal hereditario los bienes que hubieran pertenecido al causante hasta el período de un mes anterior al fallecimiento y que se hallen en poder de los herederos, y deduce que es aplicable al caso porque el crédito se originó diecisiete días antes de morir el causante, a favor de los herederos, y como “correspondía a dinero recibido por el finado, hallárse o no en poder del mismo, no constaba de modo fehaciente hasta el momento del fallecimiento que le hubiera sido entregado”.

La resolución que estudiamos, no satisfecha, al parecer, con los precedentes argumentos, refuerza su tesis diciendo que de los arts. 1.156 y 1.192 del Código civil se deduce que las obligaciones se extinguén cuando los derechos de acreedor y deudor se confunden en la misma persona, salvo cuando la confusión se origina a virtud de título de herencia aceptada a beneficio de inventario, y, por lo tanto, en este caso,

al no darse este último supuesto, la obligación se extinguió; cuyo punto de vista—dice—se refuerza con la doctrina del núm. 2.<sup>o</sup> del art. 1.023, según la cual, a sensu contrario, el heredero que acepta la herencia pura y simplemente no conserva contra el caudal los derechos y obligaciones que tuviera contra el difunto, y se refuerza también con el contenido del art. 1.087 del mismo Cuerpo legal al disponer que el coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, con la deducción de la parte proporcional suya como tal heredero.

**COMENTARIOS.**—Decíamos que los puntos de vista fiscales y civiles de la Resolución nos parecían discutibles y atacables, y vamos a hacer sobre ellos algunas observaciones, analizándolos objetivamente.

Y sea la primera ésta: que la lectura de la decisión produce una primera impresión de encontrar una solución preconcebida en defensa de los intereses del Fisco, con lo cual hay mucho adelantado para que, en vez de seguir los caminos que razonable y lógicamente conducen a la solución objetiva del problema, se busquen y se sigan los que permitan llegar con mayor o menor esfuerzo a la meta propuesta de antemano.

Dicho esto como debido acatamiento al verismo que debe resplandecer en la labor crítica del comentarista, ese mismo acatamiento exige también decir que si el respetable Centro juzgador no procedió con esa idea preconcebida, tuvo motivos más que suficientes para tenerla y para buscar, dentro de los cauces legales, aquellos razonamientos más adecuados para deshacer una ficción vestida de legalidad, con el deliberado propósito de parapetarse en esa misma legalidad.

La escritura otorgada, pocos días antes del fallecimiento, a favor de los hermanos del otorgante, de antemano ya nombrados herederos en su testamento, en el cual no se les reconoce el crédito, no puede tener más finalidad real que colocarlos en situación ventajosa contra el Fisco y buscar el medio más o menos ingenioso de adquirir el caudal, aparentemente en pago de sus créditos, y de hecho como herencia, pero evitando el tipo elevado que corresponde a las transmisiones hereditarias entre hermanos.

Colocados en esa trayectoria, es evidente que les ampara de lleno la letra del apartado 1) del art. 101 del Régimen, y no lo es menos que están francamente fuera del espíritu y de la intención del precepto. El legislador nunca pudo imaginar que dentro de esa disposición cupiese el caso de un reconocimiento de deuda hecho a favor de los here-

deros ya instituídos, que, además, sin duda, lo eran forzosos, y por añadidura realizado con muy poca antelación a la fecha del fallecimiento. La prueba está, aparte de que es la única interpretación razonable del apartado, so pena de admitir que el propio legislador dejó deliberadamente el paso franco a la defraudación, en que el apartado 3) del mismo artículo excluye del beneficio de la deducción de deuda que él concede, a los herederos, incluso en el caso de que la deuda aparezca contraída no ya a favor de éstos, sino a favor de sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge.

Con todo, y a pesar de que esto nos parece claro, nos parece, igualmente, que los razonamientos del Tribunal, pese a sus esfuerzos para salvar la laguna reglamentaria, no son todo lo afortunados y eficaces que su laudable deseo quería.

El primer argumento, o sea el relativo a la simultánea petición del fraccionamiento con el recurso contra las liquidaciones, lo estimamos francamente inoperante y deleznable. Primero, porque la obligación de pagar el impuesto es independiente de la suerte que en definitiva pueda correr la procedencia de la liquidación. Ambos caminos, al del fraccionamiento y el de alzada contra el acto liquidado, arrancan del mero hecho de haber sido la liquidación girada y son paralelos y sin interferencias. Otra cosa sería si el recurso paralizara la exacción, ya que entonces sí se podría pensar con razón que quien pedía el fraccionamiento, prestaba aquiescencia a la liquidación y la consentía.

Esto, que es por sí solo convincente, aún lo es más si se tiene en cuenta que en el caso de autos se hizo la expresa manifestación en el escrito inicial del fraccionamiento, de que se pedía el pago fraccionado sin perjuicio de la reclamación que simultáneamente se entablaba contra las liquidaciones.

Añádase a esto que el plazo para recurrir y para pagar o pedir el fraccionamiento es único y común, y se verá que, dado el paralelismo de procedimientos antes dicho, al contribuyente que recurre no le queda más camino que pagar o pedir el fraccionamiento, bajo sanción de verse apremiado, y por lo tanto es evidente que del hecho de optar por lo segundo no se puede deducir aquella aquiescencia, de la misma manera que tampoco se deduciría del hecho del pago, que es el otro extremo de la disyuntiva.

El segundo argumento tampoco lo creemos convincente, porque una cosa es que la obligación se extinga por la reunión en una sola

persona de los derechos y las obligaciones de acreedor y deudor, y otra que la extinción sea puramente gratuita y sin compensación; es decir, que en casos como el presente, además de desaparecer el crédito, el acreedor y heredero tenga que prescindir de su condición de acreedor para conservar exclusivamente la de heredero. Al heredar el acreedor, universalmente y sin beneficio de inventario, a su deudor, es claro que se extingue el crédito, pero ello no quiere decir que los bienes hereditarios los adquiera íntegramente a título gratuito, sino que los equivalentes a la deuda los adquiere en pago, y los demás a título gratuito, sin perjuicio de que el resto de aquélla se extinga, y sin perjuicio también de que él responda con los adquiridos y con los propios de las demás deudas del causante.

Del último y final argumento que la resolución consigna decimos que no presenta más fuerza dialéctica que los anteriores y que tiene la misma contestación que acabamos de exponer. El coheredero acreedor del difunto—art. 1.087 del Código civil—no puede exigir a sus colegas en la herencia más que la parte proporcional del crédito de que ellos responden, porque así como heredan el activo, también heredan el pasivo; pero ello no significa, como antes hemos dicho, que lo heredado sea a título gratuito, ni que la sucesión haya privado al heredero de su calidad de acreedor, cuyo argumento aún se puede abrillantar en el caso estudiado con la consideración de que los tres hermanos coherederos hicieron constar expresamente que se adjudicaban los bienes en pago de parte de la deuda que el causante tenía contraída con ellos.

Respecto a la argumentación basada en lo dispuesto en el artículo 75, opinamos que la aplicación al caso de su espíritu sólo puede hacerse con un criterio analógico de tal amplitud, que raya en el arbitrio judicial, y que, en cuanto a su letra, no admite adaptación posible al supuesto de un reconocimiento de deuda, ni aun en el caso de que la escritura en cuestión hubiera dicho que la cantidad la había recibido el causante de presente, cuanto más refiriéndose como se refiere a antípicos anteriores.

Y fuera de eso, es lo cierto que el art. 75 requiere dos supuestos que están lejos de darse, y son que los bienes hubieran pertenecido al causante hasta un mes antes del fallecimiento, y que al ocurrir éste estén en poder de los herederos. Sólo así nace la presunción de que esos bienes forman parte del caudal hereditario a efectos tributarios.

Resta únicamente, después de lo expuesto y como complemento del punto de vista del comentarista, decir que estando clarísimo el espíritu y el punto de vista del legislador en el apartado 1) del mencionado artículo 101, no ha quedado lo suficientemente prendido en la letra del mismo, y por sus mallas puede, como en el hecho analizado ocurre, el fraude salir, enmascarado con los mismos requisitos previstos para evitarlo.

Había, pues, motivos suficientes para aplicar el remedio—único; a nuestro entender, mientras el Reglamento no se modifique—que el mismo art. 101 pone en manos del Liquidador para cortar la maquinación, facultándole en el apartado 4) para proponer a la Dirección General de lo Contencioso el ejercicio de la acción de nulidad del documento como otorgado en fraude de acreedores. Remedio heroico, enojoso y dilatorio, en defecto de una redacción más meditada del repetido apartado 1), como sería, por ejemplo, la de hacerlo inaplicable a los herederos forzosos, y aun a los testamentarios, siempre que el documento de reconocimiento de la deuda no fuese anterior en fecha a la del fallecimiento del causante en el período de tiempo que se considerase razonable, a semejanza de lo previsto en el art. 75 para las transmisiones hechas por aquél con reserva del usufructo.

EN UN BANCO FUERON DEPOSITADOS CIERTOS VALORES POR EL ADQUIRENTE DE LOS MISMOS EN BOLSA, CONSTANDO EN EL RESGUARDO DE DEPÓSITO QUE LA NUDA PROPIEDAD PERTENECÍA A AQUÉL, Y EL USUFRUCTO A OTRA PERSONA. FALLECIDA ÉSTA, SE DISCUTIERON LOS ACTOS LIQUIDABLES, Y EL TRIBUNAL CENTRAL RESUELVE QUE ES LIQUIDABLE LA CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO NACIDO DE UNA DONACIÓN QUE HA DE CONCEPTUARSE COMO NO VERBAL CUANDO, DADA SU CUANTÍA, DEBA CONSTAR POR ESCRITO POR MINISTERIO DE LA LEY, Y QUE NO PROcede EXIGIR EL IMPUESTO AL NUDO PROPIETARIO POR LA EXTINCIÓN DE DICHO USUFRUCTO.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de septiembre de 1938.*

Los antecedentes de este curioso caso son los siguientes: D. A. L. adquiere en Bolsa y ante Corredor de Comercio ciertos valores, en

cuantía de más de 100.000 pesetas, los cuales depositó en un Banco a nombre suyo, como nudo propietario, y de doña M. H., como usufructuaria.

Fallecida esa señora, D. A. L., el depositante, pidió a la Oficina liquidadora que se girase liquidación por extinción del usufructo, pero el Liquidador entendió la cuestión de otra manera y giró dos liquidaciones: una por transmisión de "muebles" a título oneroso, número 48 de la Tarifa, sobre la base del usufructo al constituirse, y otra por herencias, con arreglo al parentesco entre el depositante y la causante, sobre la base del mismo usufructo al extinguirse.

D. A. L. recurrió ambas liquidaciones fundado en que la primera era improcedente porque se trataba de una cesión en contrato verbal, exento como comprendido en el núm. 5.<sup>º</sup> del art. 6.<sup>º</sup>, y la segunda porque el acto no era de herencia, sino de extinción de un usufructo contractual, liquidable, como transmisión de "muebles", por el número 48 de la Tarifa, al 2,50 por 100.

El Tribunal Provincial resolvió con un criterio que no hace al caso de este comentario, y el Central entendió que la constitución del usufructo encerraba un contrato de donación, y que "siendo su cuantía superior a 1.500 pesetas, debió hacerse constar por escrito", por imposición del art. 1.280 del Código civil, "por lo cual debe establecerse la presunción racional del otorgamiento del documento privado correspondiente", "cuya falta de presentación no puede favorecer al contribuyente" para obtener una declaración de exención. Además de esto, añade la Resolución, el hecho de haber sido expedido el resguardo de depósito y de aparecer en él la causante como titular del usufructo, da al acto o contrato "la prueba de su constancia por escrito" y lo excluye de la exención alegada.

Sentada la precedente tesis, el Tribunal sigue diciendo que al no constar que en la transmisión mediase precio, debe estimarse que se realizó a título gratuito y liquidarse como donación, al tipo de "herencia" correspondiente.

Por lo que se refiere a la consolidación del dominio pleno en el depositante, como consecuencia del fallecimiento de la usufructuaria, la Resolución califica el acto como no sujeto, porque "era una facultad inherente al nudo propietario que donó el usufructo, la de consolidar la plena propiedad al óbito de la usufructuaria por el mismo título, o sea por un acto proveniente del mismo, lo que constituye jurídicamente

el mero cumplimiento de una condición resolutoria, no pudiendo, por tanto, motivar liquidación alguna".

COMENTARIOS.—Esta decisión sienta una doctrina en el punto de arranque del acuerdo, esto es, en la esencia del problema, sobre la manera de determinar si existió o no en la transmisión la forma escrita, que requiere algunas consideraciones.

Dado el principio general que tiene su asiento principalmente en el artículo 48 del Reglamento, consistente en que todo acto intervivos exige, para ser afectado por el impuesto, la constancia en documento, privado en unos casos, y público en otros (1), el Tribunal acomete el problema y lo resuelve afirmando la existencia del contrato mixto con el apoyo de dos argumentos: uno de dudosísima sustentación y otro no muy consistente.

Para el primero se acoge al mandato del art. 1.280 del Código civil, que dispone que deberán constar por escrito, aunque sea privado, aquellos contratos en que la cuantía de las prestaciones excede de 1.500 pesetas, como excede, efectivamente, el acto que analizamos; y con ese simple apoyo hace surgir la presunción de que el documento privado tuvo que existir.

Nosotros, con toda consideración para el Tribunal, estimamos que no se puede convertir el mandato legal en presunción de cumplimiento del mismo, tanto más cuanto que, como es sabido, el incumplimiento no priva al acto, en términos generales, de validez, y, por añadidura, siempre les queda a los contratantes la facultad de compelirse—artículo 1.279—a llenar el requisito de la forma escrita. Y si a esto añadimos que la donación de cosa mueble—como lo eran los valores en cuestión—no exige, mediando entrega, según determina el art. 632 del mismo Código civil, la forma escrita, llegaremos a la inconsistencia de la argumentación que combatimos y a la conclusión de que el contrato no pasó de ser simplemente verbal, y que desde este punto de vista debió ser declarado exento, por aplicación del núm. 5.<sup>º</sup> del art. 6.<sup>º</sup> del Reglamento.

Al segundo argumento se le pueden oponer también serios reparos. De la mera existencia del resguardo de depósito deduce el Tribunal que ese es el documento escrito acreditativo del acto de donación; y aunque no nos atrevemos a negar en redondo que así sea, nos parece,

(1) En el número de esta Revista correspondiente a febrero pasado, el articulista se ocupó de esta cuestión.

sin embargo, más lógico atribuirle la natural finalidad de solemnizar el depósito, que no la de servir para acreditar la donación, la cual debe más bien presumirse consumada antes del acto del depósito, salvo que éste hubiera sido el medio de realizar la entrega y que, además, hubiera sido llevado a cabo por ambos condóminos. Solamente en tales supuestos cabría presumir que tal documento solemnizaba el concierto de voluntades sobre la donación.

El resto de la doctrina de la comentada Resolución es consecuencia de la calificación del acto como donación de usufructo hecha por escrito. Su constitución es, entonces, un acto de liberalidad liquidable al tipo correspondiente de "herencias", y su consolidación a favor de la misma persona que se desprendió del usufructo no debe tributar, pero no precisamente porque se trate del cumplimiento de una condición resolutoria—tesis del Tribunal—, ya que éstas a quien fiscalmente afectan es al que se ve privado de la cosa cuando se cumplen —artículos 57 y 58 del Reglamento—, sino más bien porque el donante no hace más que reintegrarse de lo que era suyo y de lo que voluntaria y gratuitamente se había desprendido temporalmente.

Otra cosa sería si la nuda propiedad hubiera pasado en el ínterin a otra persona, pues entonces al adquirirla pagaría por su adquisición y pagaría también por el usufructo al consolidarlo, según los respectivos títulos de adquisición y con arreglo a las normas que para los correspondientes casos desarrollan los apartados 13 y 14 del art. 66 del Reglamento.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ-VILLAMIL.  
Abogado del Estado

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1941.—Competencia.

En la demanda se ejerce la acción redhibitoria para reclamar el precio de un mulo vendido en el mercado de Cacabelos. El problema competencial se reduce a discernir si el fuero para el conocimiento del negocio ha de establecerse con acatamiento a la norma específica contenida en el artículo 84 del Código de Comercio o si, por el contrario, ese precepto ha de entenderse derogado por las normas generales contenidas en la ley de 21 de mayo de 1936. El Tribunal Supremo se decide a favor de la primera solución.

## SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1941.—Arrendamiento.

Los actores exigen, entre otras cosas, la declaración de que se ha extinguido el contrato de arrendamiento que ellos, como arrendatarios, habían celebrado con la demandada como arrendadora. Los actores basan su pretensión sobre la incautación de la finca arrendada, que se produjo en aplicación del Decreto de 1 de noviembre de 1932, puesto que los actores se negaron en su tiempo a llevar a efecto la intensificación del laboreo, con absorción del Censo campesino obrero en paro forzoso, por no ser agricultores y haber arrendado la finca para la explotación ganadera. El Tribunal *a quo* había estimado la demanda. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida. Entre las diferentes infracciones de la ley destacan las siguientes: "La Sala infringe también los artículos 1.257, 1.555 en su número 2.<sup>º</sup>, 1.554 y 1.568 del Código civil en relación con el artículo 5.<sup>º</sup> del Decreto de 1 de noviembre de 1932, porque con arreglo al artículo 1.555, en su número 2.<sup>º</sup>, el arrendatario está obligado a usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, y en defecto de pacto al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada; y dadas la existencia del Decreto de 1 de noviembre y el conocimiento de las consecuencias perjudiciales que la no aceptación habrían de producir, no había uso más apropiado, en relación con la diligencia de un buen padre de familia, que su aceptación, pues con ello se evitaba la incautación que había de acordarse y los enormes perjuicios que tal medida habría de producir a los propios arrendatarios y, sobre todo, a la arrendadora, que con su actitud ha dejado de percibir las rentas hasta la terminación del contrato; e igualmente vulnera el artículo 1.256, que previene que no puede dejarse la validez y eficacia de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes, cosa que habría de suceder en este caso con la interpretación de la Sala, pues la validez y eficacia del actual contrato hubiera que-

dado al arbitrio de los arrendatarios de aceptar o no la absorción que el Decreto tantas veces citado le imponía como tales arrendatarios, que además resultan cultivadores por lo antes expresado."

SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1941.—*Mandato de crédito.*

No se ajusta a Derecho la tesis de la Sala sentenciadora. Pues se ha de observar, ante todo, que el contrato que se celebró no puede ser calificado de afianzamiento mercantil, puesto que hay que estimarlo más bien como un contrato de mandato o comisión mercantil con los requisitos marcados por los artículos 244 del Código de Comercio y 1.709 del Civil, en cuanto por él se encargaba al Banco que prestara por su cuenta el servicio de avalar unas letras a un tercero. Y aun cuando cupiera incluir aquél dentro de la modalidad especial constituida por el llamado en la doctrina científica "mandato de crédito", en cuanto se confería al Banco el encargo específico de abrir crédito bajo la forma de prestación de aval a un tercero, aceptante de las cambiales, asumiendo el mandatario la responsabilidad, tipo contractual éste que guarda innegables afinidades con el contrato de fianza, por razón de las cuales algún Código extranjero ha venido a establecer que el que confiere mandato a otro para que en nombre propio y cuenta propia dé crédito a un tercero responde como fiador al mandatario de las obligaciones del tercero resultantes de la concesión del crédito, es de notar que en el Derecho patrio no existe una previsión legislativa semejante y que, aun cuando podría, indudablemente, al amparo de la libertad de contratación, constituirse una figura jurídica de esas mismas características, en el caso presente la frase que emplean las firmantes de las cartas al decir, al final, que *garantizarán* al Banco el pago de la operación, puede y debe ser interpretada no como una referencia a la específica garantía fideyusoria, o sea a la responsabilidad *accesoria* que se contrae cuando se asume el pago de la deuda ajena, sino como una obligación o promesa de pago con sustantividad propia, aunque se constituyera para cubrir el riesgo que hubiera podido causarse al acreedor si no cobraba el importe de lo que por el aval pagara. De todos modos, acéptese el punto de vista de la comisión mercantil o del afianzamiento, es siempre inadmisible la solución del Tribunal sentenciador al atribuir al contrato de referencia naturaleza cambiaria, pues obvio resulta que las obligaciones y las acciones derivadas de tales contratos no pueden ser confundidas con las que nacen de la letra de cambio; y que la obligación contraída por las firmantes de las cartas no puede participar de la naturaleza jurídica del aval cambiario, cuya prestación se encomendaba al Banco, toda vez que nuestro Derecho no admite el aval por acto separado, que pudiera atribuir responsabilidad cambiaria a una firma puesta fuera del título. Consiguientemente, la prescripción aplicable a la acción ejercitada en esta litis no es, como cree el Tribunal *a quo*, la de tres años establecida por el artículo 950 del Código de Comercio para las acciones procedentes de la letra de cambio, o sea aquellas que se dan entre las partes que intervienen o figuran en la letra, sino la ordinaria de quince años fijada por el artículo 1.964 del Civil para las acciones que no tengan señalado término especial.

La sentencia alude al § 778 del Código civil alemán, expresivo del llamado "mandato de crédito" ("Kreditauftrag"), y que reza como sigue: "Quien manda a otra persona a dar crédito a un tercero en nombre propio

y a su propia cuenta responde al mandatario de la obligación del tercero dimanante de la concesión del crédito como fiador."

SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1941.—*Artículo 738, número 8.º, del Código de Comercio.*

La existencia de una póliza flotante en la que se aseguran, hasta el límite de una cantidad pre establecida, todas las mercancías que por el asegurado puedan embarcarse durante cierto periodo de tiempo no obstante a la aplicación del artículo 738, número 8.º del Código de Comercio, porque, si bien en esta clase de póliza se señala genéricamente el interés asegurado, quedando remitida su determinación específica para momento posterior mediante los avisos de aplicación o declaraciones de alientos, tales avisos deben expresar las circunstancias que permitan al asegurador conocer íntegramente el alcance de la responsabilidad por él asumida en cada expedición.

SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1942.—*Artículo 907 del Código civil.*

El albacea puede rendir cuentas en el curso de la litis, puesto que así queda cumplida la finalidad del artículo 907 del Código civil, que es que los interesados se enteren de dichas cuentas, cosa que no sucede cuando las cuentas se rinden al Juez fuera de contienda judicial sin intervención de los herederos. Finalmente, el artículo 907 no dice precisamente que los albaceas deberán rendir cuentas, sino que deberán dar cuenta de su encargo a los herederos; y la jurisprudencia tiene declarado (sentencia 4-I-1911) que dicha obligación queda cumplida con la práctica de las operaciones particionales, que constituyen el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta de su encargo.

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1942.—*Falta de legitimación.*

La falta de personalidad en el actor, a que alude la segunda de las excepciones dilatorias del artículo 533 de la ley de Enjuiciamiento civil, ha de fundarse bien en carecer el actor de las calidades necesarias para comparecer en juicio o en no acreditar el carácter & representación con que reclama; y fundándose la parte demandada, para proponerla en el caso actual, en que no han probado el carácter de herederos de B., que reputan indispensable para solicitar los bienes que el último heredó de su abuelo, es visto qué, no habiendo comparecido dichos demandantes en el indicado carácter, sino por su propio derecho como reservatorios de dichos bienes, conforme al artículo 811 del Código civil, no tenían que probar el carácter de herederos de B. que se les trata de exigir, pues les basta probar, no como requisito de personalidad, sino para el éxito de la acción, el parentesco dentro del tercer grado de la línea de que procedían tales bienes.

La sentencia que acabamos de transcribir roza una de las más discutidas cuestiones del Derecho procesal: ¿Qué es la llamada falta de legitimación?; y ¿debe ella incluirse en el número 2.º del artículo 533 de la ley de Enjuiciamiento civil? Ambas interrogantes no deben ser confundidas. La contestación de la primera no prejuzga la de la segunda. La legitimación consiste en la titularidad de un derecho (legitimación activa) o de una obligación (legitima-

ción pasiva) dimanante de una sucesión singular (por ejemplo, cesión) o universal (por ejemplo, herencia). Por tanto, nos encontramos con un concepto del Derecho material. Pero esta caracterización del concepto de la legitimación no prejuzga nuestra toma de posición en el segundo y principal problema. Como ya hemos dicho, trátase de saber si la falta de legitimación activa (a la que nos limitamos en este lugar) constituye una falta de personalidad a los efectos del artículo 533, número 2.<sup>º</sup> En este problema se enfrentan las opiniones de los más prestigiosos autores, sobre todo de Prieto (1), por un lado, con la jurisprudencia del Supremo Tribunal (2), por el otro lado, respaldada esta última por algunos autores como Menéndez Pidal (3). Prieto aboga a favor de la subsumibilidad de la falta de legitimación en el mencionado artículo, mientras que la jurisprudencia del Tribunal Supremo batalla en contra de dicha tesis, concibiendo la falta de legitimidad como falta de acción. Según Prieto, la alegación de la falta de legitimación se realiza mediante una excepción dilatoria; según el Tribunal Supremo, mediante una excepción perentoria. Según Prieto, la excepción dilatoria de la falta de legitimación da lugar—como toda excepción dilatoria en juicio de mayor cuantía y ejercitada a tiempo (artículo 535)—a un juicio previo e incidental (art. 537), que, en el caso que se estimara la excepción, puede evitar la continuación del proceso. Según el Tribunal Supremo, la excepción perentoria de la falta de legitimación da lugar—como toda excepción perentoria (art. 544)—a la discusión conjunta de todas las cuestiones del pleito. Según Prieto, la falta de legitimación conduce a una absolución en instancia; según el Tribunal Supremo, a una absolución en acción. Ahora bien: ¿Cuál de las dos opiniones en pugna merece preferencia? Creemos que la tesis del Tribunal Supremo es teóricamente irreprochable. Pero creemos también que la opinión de Prieto lo es, y que, además, es prácticamente preferible. El Tribunal Supremo trata la falta de legitimación como lo que es: una falta de acción. Prieto, en cambio, efectúa una equiparación de la excepción perentoria de la falta de legitimación con la excepción dilatoria de la falta de personalidad; equiparación que se basa, en primer lugar, en la economía procesal, que aconseja desconectar el problema de la sucesión en la acción de esta misma, porque la resolución sobre la primera no ofrece grandes dificultades, y puede evitar la continuación de la discusión sobre el resto del fondo; y que se basa, en segundo lugar, en el artículo 544, párrafo segundo, que realiza una equiparación análoga de la excepción perentoria de la cosa juzgada con el trato procesal dado a las excepciones dilatorias.

La sentencia que ha motivado esta exposición no parece excluir la falta de legitimación de la órbita del artículo 533, número 2.<sup>º</sup>

#### SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 1942.—Competencia.

Por sentencia de este Tribunal de 8 de julio de 1931 y 5 de junio de 1934 quedó claramente establecido que, promovida la inhibitoria antes de dictada sentencia en los autos a que se refiere, ha de estimarse planteada la cuestión de competencia en tiempo oportuno, y debe ser tramitada legalmente, aunque el requerimiento de inhibición haya llegado al Juzgado requerido después de dic-

(1) *Exposición del Derecho Procesal Civil*, tomo I, 1941, págs. 128 y sigs.

(2) Véase la enumeración de la jurisprudencia en el libro de Prieto, I c. p., página 131.

(3) *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1937, pág. 302, nota 1.

tada la sentencia, sin que a ello obste lo dispuesto en el artículo 76 de la ley de Enjuiciamiento civil, por no poder hacerse responsables a los litigantes del retraso o apresuramiento injustificado en que hayan podido incurrir los Juzgados contendientes.

A continuación el Tribunal Supremo niega que esta su doctrina esté en contradicción con la sentencia del 2 de julio de 1941, toda vez que esta última sentencia se limita a afirmar que no vicia de nulidad las diligencias dictadas por el Juzgado antes de recibir el acto de requirente, no bastando para ello la simple noticia de haberse promovido, lo que es compatible con lo sentado; pues una cosa es que esas diligencias, aunque entre ellas esté la sentencia, no obstan para la tramitación legal de la competencia, y otra muy distinta el que sean nulas.

#### SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 1942.—Competencia.

La norma de competencia del artículo 62, regla 1.º, párrafo final, de la ley de Enjuiciamiento civil requiere, entre otros requisitos, que no haya lugar destinado para el cumplimiento de la obligación reclamada y—según declaraciones de la jurisprudencia—que la acumulación de acciones determinante de litis consorcio pasivo no sea arbitraria, de tal suerte que con ella se prive injustificadamente a los demandados de su propio fuero. En el caso de autos faltan las dos condiciones: primero, porque en el contrato de compraventa del motor, suscrito por las dos partes interesadas, consta que se ha designado la villa de Madrid como lugar del cumplimiento de lo convenido; y segundo, porque, si el propio demandante reconoce en su escrito de demanda que al adquirir por cesión las acciones que asistieran al comprador-cedente quedó éste relevado de toda responsabilidad por razón del mal funcionamiento del motor—fundamento de la demanda—, y si además se tiene en cuenta que no se alega hecho alguno determinante de responsabilidad, ni aun remota, del cedente como demandado, respecto del cual se solicita sentencia declarativa de estar y pasar por el fallo condonatorio de rescisión de venta y pago de cantidad, que se pide con relación al demandado-vendedor, es puro artificio del demandante, con la finalidad exclusiva de atraer la competencia al Juzgado del domicilio del cedente, en perjuicio del fuero del vendedor.

#### SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1942.—Tercería de mejor derecho.

La sentencia confirma la doctrina de la del 21 de noviembre de 1917, que limita la finalidad de las tercerías de mejor derecho a la comparación de los títulos para determinar la prioridad y consiguiente preferencia entre los dos créditos en litigio, sin admitir a discusión y resolución cuestiones ajenas al expresado objeto, que, en su caso, habrán de ventilarse en distinto procedimiento. También robustece la presente sentencia la del 30 de mayo del mismo año, que establece: 1.º No es necesario para instar una tercería de mejor derecho que el crédito que se oponga como preferente haya sido objeto de anterior litigio, que a su pago venga condenado igualmente el deudor común y que sean los mismos los bienes embargados en uno y otro procedimiento, cuando el título que autoriza la demanda es una escritura pública, fundando en ella la preferencia del derecho a reintegrarse de su crédito; 2.º Que la escritura pública no pierde su eficacia para el caso de la tercería, aunque se haya instado previamente el crédito que en ella consta en un juicio ejecutivo.

**SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1942.—*El precario y el recurso de casación.***

Si bien en principio el artículo 1.694, número 2.º, de la ley de Enjuiciamiento civil no es aplicable a las situaciones jurídicas de precario, la jurisprudencia viene declarando con reiteración, por razones de analogía, que, si el valor en renta que en su caso cabría asignar a la finca objeto del desahucio por precario es manifestamente inferior a 1.500 pesetas anuales, la resolución de segunda instancia no es recurrible en casación.

**SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1942.—*Naturaleza administrativa o civil de los contratos.***

Al tratar la jurisprudencia de aclarar estos conceptos y de fijar la naturaleza administrativa o civil de los contratos celebrados por la Administración, ha buscado alguna vez la nota de distinción en la observancia o no de los requisitos de forma—subasta o concurso, escritura pública, etc.—que son peculiares y ordinariamente obligatorios en los contratos administrativos; otras veces ha examinado conjuntamente la concurrencia de formalidades y el objeto y finalidad del contrato; y más insistentemente se ha pronunciado en el sentido de atribuir carácter administrativo al contrato en el caso tan solo de que tenga por objeto “inmediato y directo” la ejecución de obras o servicios públicos, por estimar que en todas las demás relaciones contractuales la Administración actúa en el mismo plano que cualquier otro sujeto de relaciones jurídicas, siquiera el objeto de éstos constituya el trámite previo o medio preparatorio para llegar en su día al contrato sobre ejecución de las obras o servicios públicos. Aplicada la precedente doctrina a este pleito, en el que consta que el Ayuntamiento de Cabeza de Buey encargó directamente al ingeniero industrial J. I. M. la formación de los proyectos y ordenación financiera y administrativa hasta llegar al concurso de las obras municipales de abastecimiento de aguas, alcantarillado y plaza-mercado, es visto que la aceptación del encargo por J. I. M. creó un vínculo jurídico de arrendamiento de servicios de naturaleza civil, tanto porque para la formación de los proyectos no se observó la forma administrativa del concurso, prevista en el artículo 161 del Estatuto Municipal, como porque el objeto “inmediato y directo” del contrato no fué la ejecución de la obra en proyecto, sino el medio preparatorio para llegar a ella, ya que, en el plan de desenvolvimiento de una obra pública, lo pactado no iba más allá del anuncio del concurso, con el que—o, mejor, con el de subasta—precisamente comienza el período de ejecución propiamente dicho. Y si bien es cierto que para el caso de que las condiciones de los concursos o subastas fueran fijadas de común acuerdo entre el Ayuntamiento y J. I. M., éste se comprometió a que por falta de licitadores no quedasen desiertos, no lo es menos que ni el evento de la subasta ni el hipotético acuerdo para la fijación de sus condiciones tuvieron realidad, ni la cláusula vinculaba a otra cosa que al ofrecimiento de licitador, ni en todo caso se había llegado al contrato de ejecución estricto de la obra.

**SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1942.—*Casación en materia de alimentos.***

Como reiteradamente ha declarado esta Sala, dentro de los límites establecidos por la Ley para señalar la cuantía de los alimentos—caudal de quien los

da y necesidades de quien los recibe—queda al prudente arbitrio del Tribunal de instancia determinar el importe de la pensión a satisfacer, no pudiendo impugnar en casación la sentencia que lo señala sino cuando, atendidos los recursos del obligado a prestar los alimentos y las necesidades del alimentista, según la posición social de la familia, es notoria la desproporción de la cantidad girada, extremo que habrá de acreditarse de manera cumplida para que el recurso pueda prosperar.

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1942.—*Ejecución hipotecaria.*

Pactado por una cláusula de la escritura de préstamos con garantía hipotecaria que B. D. C. podría utilizar para la realización de su crédito contra el deudor el procedimiento ejecutivo ordinario, el judicial sumario de la ley Hipotecaria o el extrajudicial regulado en el artículo 1.872 del Código civil, y estipulando también que si se celebrasen las dos subastas sin licitadores el acreedor podría hacerse dueño de los bienes hipotecados, previo abono de la diferencia entre la cantidad exigible al deudor y la valoración dada a los bienes en dicha escritura, la Sala sentenciadora estimó que este último particular era aplicable solamente al caso de que el acreedor utilizase el procedimiento extrajudicial, no el sumario, ni el ordinario—que fué el seguido en el caso de autos—, tanto porque dicha estipulación figura inmediatamente después de la referencia que en la escritura se hace al procedimiento extrajudicial como porque las dos subastas a que se alude son precisamente las que en él pueden celebrarse, mientras que en el ordinario y en el sumario se pueden celebrar hasta tres. La posición de la Sala es acertada.

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1942.—*Prohibición de enajenar; ejecución ordinaria e hipotecaria.*

I. Si bien el artículo 44 de la ley Hipotecaria regula la finalidad genérica de las anotaciones preventivas de embargo, de ejecutoria y de prohibición de enajenar, como determinantes de preferencia para el cobro de un crédito, y el artículo 71 permite, genéricamente también, la venta de la finca sobre la que recae la anotación, en buen sentido jurídico la que prohíbe la enajenación tiene la finalidad específica de impedir o suspender temporalmente el ejercicio del *jus disponendi*, ya que resultaría paradójico que pudiera vender válidamente un inmueble quien tiene prohibición judicial de enajenarlo. Esta finalidad específica de la prohibición de enajenar está reconocida por la Dirección de los Registros (Res. 7-III-1893, 7-VI-1920, 19-VII-1922, 27 y 30:IX-1927), proclamando sin vacilación que el asiento prohibitivo provoca la nulidad de los actos y contratos realizados en su contradicción mientras esté vigente, sin que, por lo tanto, puedan tener acceso al Registro. Esta nulidad no produce efectos *erga omnes*, puesto que no está afectada por el interés público, sino con relación al protegido por el asiento, que puede consentir y purificar la venta provocando la cancelación de la anotación preventiva.

II. No es exacto que la regla 8.<sup>a</sup> del artículo 131 de la ley Hipotecaria sea aplicable al procedimiento ejecutivo ordinario, y esto por las razones que siguen: A) Entre el procedimiento ordinario y el sumario hay analogías que dimanan de la nota común en parte que los preside como proceso coactivo ejecutivo y proceso de ejecución estricta, respectivamente, destacando la semejanza referente a la subsistencia de cargas y gravámenes anteriores o preferentes al

crédito del ejecutante, aplicable a ambos procedimientos por el párrafo final del citado artículo 131, derogatorio en parte de los artículos 1.511, 1.516 y 1.518 de la Ley procesal civil. B) Pero hay también marcadas diferencias, algunas de las cuales fueron señaladas por resoluciones de 11-II-1911, 12-II-1916, 12-XI-1934, y como más relacionado con el caso de autos debe señalarse la que se refiere al modo de fijar el tipo mínimo de oferta de la subasta, pues mientras en el procedimiento ordinario se fija mediante la tasación pericial del valor económico íntegro de la finca (Res. 4-XII-1929), en el sumario son los propios interesados los que la tasan por su valor efectivo, deduciendo o debiendo deducir del valor económico integral las cargas anteriores o preferentes, diferencia que a su vez lleva aparejada la necesidad de una liquidación de cargas en el procedimiento ordinario para rebajar del precio de remate el importe de las que subsistan—pagadero en su día—y señalar la cantidad de pago inmediato, evitando así duplicidad de pagos, mientras que en el procedimiento sumario carece de finalidad, por lo expuesto, el trámite de liquidación de cargas. C) Como consecuencia de la anotada diferenciación, está justificado que en los anuncios de subasta del procedimiento sumario se haga saber a los licitadores que del precio que ofrezca el rematante no se podrá deducir cantidad alguna con destino a la extinción de cargas o gravámenes anteriores o preferentes que habrán de subsistir, pero no es aplicable esta advertencia al procedimiento ordinario, porque su finalidad se suple con el trámite de liquidación de cargas perpetuas y temporales prevista en el artículo 1.511 de la ley de Enjuiciamiento civil, modificado por el párrafo final del 131 de la ley Hipotecaria. Así, procede concluir que el hecho de que en el anuncio de subasta de la quinta "Guadalupe", efectuado en el procedimiento ejecutivo ordinario, no se haya dado cumplimiento a la regla 8.<sup>a</sup> del repetido artículo 131, no origina la nulidad de la subasta, ni por tanto la de la escritura de venta judicial. Por otra parte, la cuestión de nulidad o validez de la subasta fué ya objeto de actuación judicial y de resolución firme en la ejecución de la sentencia de un juicio de menor cuantía tramitado con anterioridad al planteamiento del presente litigio, y es repetidísima la jurisprudencia de esta Sala, que, por aplicación del artículo 408 de la ley de Enjuiciamiento civil, no consiente la revisión ordinaria en un juicio de lo actuado en otro y pasado en autoridad de cosa juzgada de tipo procesal, si el solicitante de la revisión ha sido litigante en el primer juicio o es causahabiente de él.

LA REDACCIÓN

# V A R I A

PUIG PEÑA (Federico) : "Introducción al Derecho civil español común y foral".—Bosch, Barcelona, 1942.—2.<sup>a</sup> edición.—623 páginas.

El autor caracteriza acertadamente su obra con las siguientes palabras, que inician el prólogo a la primera edición: "Esta obra no tiene pretensiones científicas: aspira tan solo a llenar un vacío existente en nuestra literatura jurídica universitaria, integrado por la falta de un trabajo breve y conciso, donde los estudiantes puedan iniciarse en los problemas interesantísimos de la llamada parte general del Derecho civil, que cada día alcanza mayor relieve, debido a los aportes de la ciencia jurídica alemana."

El libro consta de tres partes, y cada parte, a su vez, de tres secciones. La división trimembre de la primera parte es la siguiente: El Derecho en general, progresión científicolegislativa del Derecho civil y la norma jurídica en particular. La segunda parte se ocupa del derecho subjetivo en general, de las personas y de las cosas. La tercera parte aborda el negocio jurídico en general; la adquisición, ejercicio y protección de los derechos; así como el tiempo y su influencia en el Derecho.

A pesar de haber conseguido el autor el fin que se había propuesto al redactar su obra, nos permitimos formularle algunos deseos, para que los tenga en cuenta en ulteriores ediciones: 1.<sup>o</sup> Deseos referentes a la redacción: El célebre jurista suizo von Tuhr tiene la h detrás y no delante de la u (véase, por ejemplo, página XXII). El no menos célebre autor alemán Zitelmann se escribe con una sola t (véase, por ejemplo, página 138). 2.<sup>o</sup> Deseos para completar los datos indicados: El autor, al hablar del movimiento codificador, no menciona el "Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten" (Derecho común para los Estados prusianos) de 1794, aunque el mismo se ve obligado a aludir a él en otro lugar (véase página 69). Al hablar del Código civil austriaco

el autor pasa en silencio (páginas 66, 67) el nombre de su autor: Ritter von Zeiller, que hubiera merecido mención. Con análogo desdén (páginas 67, 68) son tratados los miembros de la Comisión codificadora francesa: Tronchet, Bigot du Préameneu (o de Préameneu), Portalis y Malleville. Tampoco nos parece bien exponer la codificación austriaca antes de la francesa, ya que el Código civil francés data de 1804 y el austriaco de 1811. Sabemos que Ennecerus-Nipperdey (véase, por ejemplo, edición alemana de 1931, páginas 23 y 24) eligen el mismo orden expositivo que el Sr. Puig Peña; pero opinamos que los sabios autores alemanes no merecen acatamiento en este particular. La exposición de las fuentes no dedica la debida atención a la jurisprudencia, que, como es sabido, se ha convertido de hecho en una de las fuentes más importantes del Derecho. Al analizar la costumbre echamos de menos el nombre de Joaquín Costa. La Escuela del Derecho libre (página 142) encuentra una exposición en que se pasa en silencio a Kantorowicz, al que debe su denominación y mucho de su contenido. Tampoco se menciona ni a Fuchs ni a Ehrlich. Hallamos análoga omisión respecto a la jurisprudencia de intereses (página 142). En vano esperamos la cita de nombres como Philipp Heck, Rümelin, Müller-Erzbach, Wüstenhöffer, Stoll, Egger, etc.

Terminamos la lista de nuestros deseos reformatorios, no porque no se prestaría a ser ampliada, sino porque no queremos olvidar la expresión de nuestro deseo principal, que consiste en desear al autor y al público una nueva edición de la obra, a la que es, indudablemente, acreedora por satisfacer una verdadera necesidad de manera clara y sencilla.

FREISLER: "Grundlegende Denkformen des Rechts im Wandel unserer Rechtserneuerung" (Las categorías jurídicas y su modificación por medio de nuestra renovación jurídica). — Decker's Verlag, Berlín, 1941.

Freisler parte de un breve esbozo de tres categorías jurídicas en su formación—mejor dicho, a juicio de Freisler, deformación—liberal: contrato, propiedad y persona. El afán desmesurado de abstracción hace que el contenido tridimensional de los mencionados conceptos se esfume y desaparezca, y que sólo se conserve su silueta proyectada sobre una planicie. El *contrato* liberal concibe una relación entre dos perso-

nas coordinadas, forma intelectual en que encajan los fenómenos vitales más diversos. ¡Piénsese, sobre todo, en el contrato de trabajo! En la Edad Media nos encontramos con una reglamentación institucional de los gremios llena de vida y concreción. Al final del siglo XIX y al principio del siglo actual el contrato de trabajo es un contrato como cualquier otro, inspirado en la "locatio conductio" del Derecho romano. La abstracción de la figura intelectual del contrato produce diferentes injusticias de gran tamaño. En primer lugar, trata en pie de igualdad al patrono y al obrero. En segundo lugar, capta sólo los contratos individuales de trabajo, sin darse cuenta de las comunidades de obreros y patronos. En tercer lugar, es incapaz de dar forma jurídica a la importancia funcional de la fábrica, es decir, del establecimiento de trabajo. La *propiedad* liberal adolece de semejantes defectos. En la Edad Media no se conocía la propiedad como derecho absoluto e ilimitado. La propiedad era más bien una forma accesoria de la relación feudal, y llevaba, por ende, en sí, las limitaciones dimanantes de aquella relación: la propiedad es sometida al deber de fidelidad que se tributa al señor feudal. El liberalismo crea la propiedad abstracta e ilimitada, inspirándose de nuevo en el Derecho romano. Esta reglamentación conducía a injusticias y a desviaciones de la conciencia popular. El campesino, por ejemplo, no entiende que se puede disponer libremente de la finca: la concibe como un bien familiar, y, por tanto, vinculado al patrimonio de la familia. Tampoco arraiga en el pueblo la libertad de testar, que el Código civil alemán concedía, pese a algunas limitaciones. Finalmente, debe pensarse en la propiedad del patrono respecto al establecimiento de trabajo. El liberalismo permitía la aceptación o la exclusión de un obrero, según el libre arbitrio del patrono. No hace falta hacer hincapié en lo pernicioso de esta concepción. El concepto de la *persona* evidencia las mismas deficiencias liberales. Se abstrae del sexo, de la raza y de la pertenencia popular. Se desvirtúa la esencia de comunidades, tratándolas, por un lado, como personas fingidas, y por el otro, como Estados democráticos parlamentarios, con asambleas, juntas de vigilancia, etc., olvidando por completo su sumisión a los fines generales del Estado. La capacidad de obrar se escindía lamentablemente. La imputabilidad de un hurto podía realizarse antes que la capacidad de comprarse un trozo de pan. Las edades para hacerse soldado, para votar en las elecciones o para casarse eran diferentes entre sí, y todas ellas diferentes de la mayoría de edad.

El Derecho nuevo debe partir del concepto fundamental de la nueva vida. Este concepto es el de la comunidad. Lo que es una comunidad no es objeto de una abstracción, sino que se investiga mediante el conocimiento de su núcleo esencial. Toda comunidad se caracteriza por cinco notas esenciales: 1.<sup>a</sup> La comunidad es un organismo; la organización constituye sólo el aspecto externo. La sociedad anónima constituye, por ejemplo, una organización, sin representar, en cambio, un verdadero organismo. Al contrario, la juventud es un organismo, y no reviste siempre formas organizatorias. 2.<sup>a</sup> El núcleo de la personalidad comunal es el honor. Las comunidades desarrollan jurisdicciones especiales, que tutelan el honor de la comunidad. Puede ser que estas jurisdicciones adquieran carácter oficial, como el poder disciplinario en el Ejército; puede ser también que la comunidad defienda su honor al margen de la ley: piénsese en los colegiales que castigan a un compañero por haberse comportado mal. El mismo Derecho penal no es sino el Derecho tutelar del honor de la comunidad. Desde nuestro ángulo ni que decir tiene que castigamos criminalmente las ofensas que se cometen contra el honor de una comunidad, cuestión que, como es sabido, se discutía antes en el Derecho penal. 3.<sup>a</sup> Toda comunidad, con excepción de la comunidad del pueblo, puede vivir sólo en otra comunidad. Al fin y al cabo, toda comunidad desemboca en la del pueblo, a la que debe servir. Excluimos, por ende, de nuestra definición de la comunidad, tanto las comunidades sociales de criminales y conjurados como las comunidades indiferentes. No se debe perder la nota esencial de la comunidad ensanchando excesivamente su extensión. 4.<sup>a</sup> La comunidad se basa en el compañerismo; en caso contrario, nos encontramos con un mero mecanismo. Lo dicho se relaciona con el requisito primero, consistente en el carácter orgánico de la comunidad. 5.<sup>a</sup> La comunidad alberga personalidades. Es más: se basa en personalidades. Por otro lado, sólo dentro de una comunidad existen personalidades. Freisler se defiende contra el reproche de que el nacionalsocialismo aplaste a las personalidades. El nacionalsocialismo no solamente reconoce a las personalidades, sino que las necesita y las crea en su "Juventud de Hitler". Lo único que el nacionalsocialismo niega es la existencia de las personalidades fuera de una comunidad.

Ahora bien: hemos de revisar las categorías jurídicas desde el punto de vista de la comunidad. La persona se concebirá como miembro de la comunidad. El hombre debe cumplir sus deberes, y para poder

cumplirlos requiere derechos. Al lado de los auténticos miembros de la comunidad reconoceremos a personas asociales cuyo "status", naturalmente, diferirá esencialmente del de los hombres que se esfuerzan en cumplir con su deber. Luego atribuiremos personalidad jurídica a las comunidades principales. Se podrá, por ejemplo, discutir si el matrimonio y la familia han de disfrutar de este privilegio. Finalmente, además de los hombres y de las comunidades, habrá meras organizaciones con personalidad jurídica, verbigracia, las sociedades anónimas. La propiedad contendrá importantes limitaciones, todas ellas dominantes de su sometimiento a los intereses de la comunidad. El campesino no debe testar respecto a su finca como bien le parece: debe respetar los derechos de la familia. El patrono no puede cerrar la fábrica o echar a un obrero según su propia conveniencia. El propietario de una casa de vecinos no puede negarse a alquilar los pisos. El propietario de un granero no puede incendiarlo, aunque no peligre la vida o propiedad de un tercero ni se trate de estafar a la sociedad de seguros. Por perjudicial que fuera el proceso de abstracción liberal, en el problema de la propiedad peca el liberalismo de cierta timidez abstractiva: no se atrevió a extender el concepto de propiedad a los bienes inmateriales. Sin embargo, hay que reconocer la propiedad intelectual. El contrato no debe extenderse a fenómenos dispares. Sobre todo no abarca la creación de comunidades, de guisa que ni el Estado, ni el matrimonio, ni la entrada en una comunidad de trabajo se realizan a base de contratos. El contrato social no existe ni históricamente ni como idea regulatriz. La pertenencia a un pueblo es destino. No reconocemos ni unión, ni darse de alta ni de baja. No existen sino expulsión (de parte de la comunidad) y traición (de parte del individuo). La pertenencia al pueblo no se basa en un juramento, sino en la sangre. El matrimonio es una comunidad enfocada hacia la conservación de la especie. Su verdadero principio radica en la consumación. El acto estatal es un mero medio artificial para dar seguridad jurídica a las relaciones originadas por la existencia del matrimonio. Finalmente, no se cierra un contrato al entrar un obrero en una empresa. Se trata de la aceptación de un nuevo compañero en la comunidad creadora del trabajo. Por lo demás, los contratos deben fomentar el bien de la comunidad. En caso contrario, pueden estimarse nulos. Si la nulidad afecta sólo una parte del contrato, la validez o nulidad del resto no depende de lo que las partes hubieren estipulado conociendo la nulidad parcial, sino de lo que

conviene a la comunidad. Las negociaciones previas producen ya ciertos efectos. ¡Piénsese en la figura de la "culpa in contrahendo"! También debe reconocerse, en determinados casos, la obligación de una parte de contratar con la otra. ¡Piénsese en la hipótesis del monopolio de una de ambas partes! Freisler admite, finalmente, la inherencia de la "cláusula rebus sic stantibus" a los contratos.

Memoria Oficial de los Cursos Universitarios de La Coruña (23 de enero a 12 de junio de 1938), publicada por el Secretario Profesor Jaime Masaveu. Litografía e imprenta Roel, La Coruña; páginas 212.

En espléndida presentación acaba de publicarse la Memoria Oficial de Cursos Universitarios que bajo la inspiración e impulso del conocido penalista Jaime Masaveu se celebraron durante la guerra de liberación en La Coruña. Entre los profesores de Derecho figuran nombres tan prestigiosos como los de Legaz Lacambra, Vázquez Gundín, etcétera. Saludamos la publicación de este libro como recuerdo de una batalla victoriosa librada en el Frente Intelectual.

*Festchrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber zum 10 April 1940* (Homenaje de la Facultad Jurídica de Leipzig al Dr. Enrique Siber para el 10 de abril de 1940). Tomo I: *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien* (Estudios jurídicos de Leipzig). Cuaderno número 124.—Editorial Theodor Weicher, Leipzig, 1941, pág. 325.

El 70 aniversario del célebre civilista y románista Siber, catedrático de Leipzig, ha dado ocasión a sus compañeros de cátedra de expresar su respeto y admiración mediante un libro-homenaje que tenemos a la vista.

El primer tomo abarca las siguientes contribuciones: 1. Wieacker: "Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Ueber die Anfänge des römischen Testaments" (Comunidad doméstica e institución de heredero. Acerca de los principios del testamento romano). 2. Oeschey: "Zur Rechtsgeschichte des Domstifts St. Petri in Bautzen" (Contribución a la historia jurídica de la capellanía de St. Petri en Bautzen). 3. Eberhard Schmidt: "Inquisitionsprozess und Rezeption. Studien

zur Geschichte des Strafverfahrens in Deutschland von 13 bis 16 Jahrhundert" (Proceso inquisitivo y recepción. Estudios acerca de la historia del proceso penal en Alemania desde el siglo XIII hasta el siglo XVI. 4. Dahm: "Der Tätertyp in Strafrecht" (El tipo del delincuente en el Derecho penal). 5. Richter: "Betrachtungen zum Abschluss des Versicherungsvertrages" (Noticias sobre el perfeccionamiento del contrato de seguro), y 6. Huber: "Die Verfassungsrechtliche Stellung des Beamten" (La situación constitucional de los funcionarios).

I. Wieacker: "Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung". El autor intenta la explicación del derecho sucesorio romano preclásico, cuyas oscilaciones entre un *derecho sucesorio familiar* de índole constructiva y la *arbitrariedad destructora* del "*de cuyus*" son idóneas de producir una impresión perpleja en el observador. Piénsese, por ejemplo, en Hegel ("Philosophie des Rechts", §§ 179, 180), que juzga como moral sólo el derecho sucesorio legal de la familia, mientras que el derecho sucesorio testamentario infringe, en su entender, las normas éticas. Pero la antinomia se resuelve satisfactoriamente si se tiene en cuenta que el testamento romano preclásico no solía llamar a la herencia a personas ajena a la comunidad familiar. El verdadero sentido social del testamento consiste más bien en el aseguramiento de la herencia doméstica mediante la institución de un heredero principal, con preterición de hermanos ya asegurados. Las mismas necesidades producen hoy día formas jurídicas semejantes. Wieacker alude a las fincas amayorazgadas. Más tarde se unía a este móvil campesino otra causa importante, consistente en la necesidad y el afán de crear una capa social patricia directora. Por tanto, estamos lejos de deber concebir el testamento como síntoma de una decadencia individualista de la comunidad familiar. No será casualidad el que Wieacker, que no es un extraño a nuestros lectores (véase REVISTA, 1941, págs. 783 y 784), aborde el tema expuesto, ya que le brinda un argumento, prestado del nunca bastante admirado Derecho romano, a favor de las fincas amayorazgadas, tan caras al actual Derecho alemán (véase *Información Jurídica*, núm. 9, del 1 de enero de 1942, págs. 14 y siguientes), y en contra de la decadencia individualista.

El trabajo de Wieacker nos proporciona un ejemplo de un estudio dedicado a la historia del Derecho y que, no obstante, implica una enseñanza para el Derecho actual. He aquí la justificación de que los

juristas prácticos deben estudiar el Derecho romano. Wieacker diserta acerca de este tema en un sugestivo artículo, denominado "Der Standort der römischen Rechtsgeschichte in der deutschen Gegenwart" (La función de la historia del Derecho romano en la actualidad alemana, *Deutsches Recht*, 1942, pág. 49 y sigs.). Wieacker cree que la recepción del Derecho romano en Alemania no posee su centro de gravedad en la recepción del Derecho material romano, puesto que no se recogía el Derecho romano clásico, sino el Derecho de Italia del Norte, conforme había sido elegido y desarrollado por los glosadores y postglosadores; y las bases culturales del Derecho de obligaciones y de cosas en Italia no eran muy diferentes de las existentes en Alemania en la alta Edad Media. La verdadera innovación se produjo en la constitución de los Tribunales, en la que los jueces letrados sustituían a los jueces legos. Ya no se buscaba el Derecho en la conciencia de la comunidad, sino se aplica a un supuesto de hechos, dialécticamente estructurado y reducido a los rasgos jurídicamente esenciales, un Derecho escrito.

La recepción era perjudicial a la historia del Derecho, ya que se comprende que la ciencia, ante la alternativa de buscar el verdadero Derecho romano histórico o un Derecho romanista útil para la práctica, se decidió a favor del segundo enfoque del problema. No antes, sino con el nuevo Código civil alemán, se veía la historia del Derecho libre de las necesidades del día y libre, por ende, para consagrarse por entero a la exploración de la auténtica historia.

El sueño de un Derecho eternamente verdadero y revelado en el "Corpus iuris" fué relevado por el descubrimiento de la realidad del Derecho en la historia antigua. La historia del Derecho romano es verdadera Historia y forma parte de la ciencia histórica. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, trátase de una ciencia auxiliar, a la que Wieacker atribuye tres finalidades: 1. Una educación jurídica no meramente técnica y apolítica debe describir los sins y desgracias del propio Derecho. Dada la concatenación histórica del Derecho alemán y romano, dicha finalidad no es asequible sin el conocimiento del Derecho romano, puesto que éste arroja luz sobre los conceptos del Derecho actual y es, por tanto, imprescindible para una crítica fértil. 2. El estudio del Derecho romano enseñará la relatividad de éste, es decir, su dependencia de determinadas situaciones sociales. Así nos convencemos de que todo Derecho positivo posee vinculaciones históricas y popula-

res. 3. El Derecho romano constituye la realización más pura de un arte jurídico modelo en un gran pueblo emparentado con nosotros.

II. El estudio de Oeschey, que se basa sobre un dictamen de este autor, carece de interés para nuestros lectores.

III. Eberhard Schmidt: "Inquisitionsprozess und Rezeption". Eberhard Schmidt edita actualmente el célebre manual del "Derecho penal" de Liszt, del que es uno de los discípulos más conocidos. Desde hace años, Schmidt se dedica también a la historia del Derecho. Mencionamos su estudio sobre la "Carolina" (en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte", tomo LIII, sección germánica, 1933).

El trabajo que tenemos a la vista está consagrado a la historia del Derecho procesal penal. Schmidt distingue dos sentidos del término "proceso de acusación": 1. El proceso de acusación del Derecho germánico antiguo, que se caracteriza por iniciarse a instancia de la víctima o de uno de sus familiares y por contentarse con la búsqueda de la verdad formal mediante medios de prueba formales (juicio de Dios, etc.). 2. El proceso acusatorio de la Edad Moderna, que se caracteriza, de acuerdo con el antiguo proceso acusatorio, por iniciarse a instancia de un particular, y, a diferencia del antiguo proceso acusatorio, por aspirar al descubrimiento de la verdad material mediante medios de prueba racionales. Por tanto, no existe una diferenciación esencial entre este moderno proceso acusatorio y el proceso inquisitivo, que posee la misma finalidad. La única diferencia consiste en la forma de iniciarse el proceso. El proceso acusatorio moderno excluye al juez como persona apta para la incoación, mientras que el proceso inquisitivo atribuye al juez esta función. Algunos autores alegan también como nota distintiva del proceso inquisitivo el empleo del tormento como medio de prueba.

El origen histórico del proceso inquisitivo se encuentra, según la teoría dominante, en el Derecho canónico e italiano, los cuales han sido recibidos en Alemania. Schmidt combate esta tesis. Según su opinión, el proceso inquisitivo ha surgido en Alemania con independencia del proceso inquisitivo italiano y con anterioridad a la llamada recepción. La recepción se limita a la estructuración del proceso en diferentes fases. La inquisición existía ya antes de ella. Schmidt sostiene su teoría con un gran alarde de erudición, constituyendo su trabajo un adelanto de una "Historia del Derecho procesal penal", que dicho autor tiene pensado escribir.

IV. Dahm: "Der Tätertyp im Strafrecht". El problema del "tipo

del delincuente" ocupa a la ciencia alemana con mucha intensidad. El libro más detallado sobre esta cuestión se debe a Bockelmann: "Studien zum Täterstrafrecht" (tomo I, 1939; tomo II, 1940). No es, por tanto, extraño que Dahm, que junto con Schaffstein redactó la primera obra programática del Derecho penal nacionalsocialista, dedica su atención a este sugestivo tema. Dahm distingue los casos en los cuales la misma Ley penal recoge como característica del supuesto de hechos a la figura del delincuente de los demás casos, en los cuales la ley se limita a la descripción de delitos. En el primer grupo de casos, la importancia del delincuente es indudable. Piénsese, por ejemplo, en el castigo agravado en que incurre en todos los países el delincuente (ladrón, etc.) habitual y en el cual incurre en Alemania el "dañador del pueblo". A diferencia de los positivistas italianos, la ciencia alemana afirma, aun en estos casos, una verdadera culpabilidad del delincuente. Consecuentemente, ella distingue de la "culpabilidad respecto al delito" la "culpabilidad respecto a la formación de la vida". El término alemán para la primera clase de culpabilidad es "Tatschuld"; el para la segunda, es "Täterschuld" o "Lebensführungsschuld" o "Lebensgestaltungsschuld". La "culpabilidad respecto a la formación de la vida" no implica un reproche por cualidades heredadas; no existe una culpabilidad respecto a disposiciones del carácter ("Dispositionsschuld"). Por esta razón hay que rechazar como demasiado amplio el término "culpabilidad del delincuente" ("Täterschuld"). El reproche se dirige más bien contra la actitud libre del individuo, la cual permite a las fuerzas del mal que se apoderen de su carácter. Por eso se habla de "culpabilidad respecto a la formación de la vida". Este último término ("Lebensgestaltungsschuld") se debe a Dahm, y reproduce, en el fondo, el mismo sentido que el término "culpabilidad respecto a la llevanza de la vida" ("Lebensführungsschuld"), debido a Mezger. El abandono del término de Mezger se justifica porque éste parece referirse solamente a un proceso lento del empeoramiento del carácter, mientras que el término de Dahm abarca asimismo un empeoramiento súbito.

Ahora bien: el tipo del delincuente tiene también importancia en el segundo grupo de casos, en los cuales la Ley penal parece limitarse a la estricta descripción de delitos, sin mencionar a un tipo de delincuentes, puesto que la Ley penal, en el entender de Dahm, no quiere castigar a cualquier persona que mate a otra antijurídica y culpablemente, sino sólo al "asesino". He aquí una limitación de la aplicabili-

dad del precepto. Por esta razón no se debe castigar, por ejemplo, al médico que acelera la muerte de un enfermo en la hipótesis de la llamada "euthanasia", o al jefe de una batería que abre fuego antes de que se lo hubieran mandado sus superiores, produciendo así pérdidas entre sus tropas que de todas maneras se habían previsto. Por otro lado, el tipo del delincuente puede también ampliar el campo de la punibilidad, sirviendo de fundamento para la analogía en contra del reo, permitida, como es sabido, por el Derecho penal alemán.

V. Lutz Richter: "Betrachtungen zum Abschluss des Versicherungsvertrages". La ley alemana sobre el contrato de seguro del 30 de mayo de 1908 establecía en su párrafo 5.<sup>o</sup> lo siguiente: "El asegurador puede invocar un acuerdo con el asegurado, conforme al cual la aceptación de la póliza tendrá el efecto de que su contenido se considera consentido por el asegurado, si dicho acuerdo concede al asegurado un plazo mínimo de un mes para oponerse a la exactitud de la póliza, y si el asegurado no se ha opuesto dentro de este plazo. No se puede excluir en el acuerdo el derecho del asegurado a anular el consentimiento por razón de error." El Decreto del 19 de diciembre de 1939, que entró en vigor el 1 de octubre de 1940, modifica el precepto transcritto. Hoy día ya no hace falta un acuerdo de las partes. La ley misma, en su nueva redacción, presume que la aceptación de la póliza implica el consentimiento de su contenido. Se mantiene el plazo mínimo de un mes, dentro del que debe formularse "por escrito" la oposición. El asegurador debe llamar la atención del asegurado sobre el efecto de la aceptación de la póliza de manera llamativa. El asegurador debe recalcar, además, las discrepancias entre la instancia del asegurado y el contenido de la póliza. El consentimiento presunto no se refiere a modificaciones no anunciadas de la póliza. La nueva redacción conserva la posibilidad de la anulación del consentimiento por razón de error. Lutz Richter extiende sus investigaciones también a otra innovación legislativa del Derecho de seguro: la ley del 7 de noviembre de 1939 ha introducido el seguro obligatorio para el poseedor de un automóvil. El contrato de seguro debe conformarse a las condiciones establecidas por la autoridad.

VI. Ernst Rudolf Huber: "Die verfassungsrechtliche Stellung des Beamtentums". El esquema de este estudio es el siguiente: A. *Fundamentos históricos y políticos*. 1. Los funcionarios y el absolutismo. 2. Los funcionarios y el constitucionalismo. 3: Los funcionarios y el

parlamentarismo. B. *Los funcionarios en la Constitución nacionalsocialista.* 1. Los funcionarios y el Reich popular (necesidad de funcionarios profesionales; la restitución de los funcionarios profesionales; la situación jurídica de los funcionarios). 2. La dirección política y los funcionarios (la fidelidad con el Führer; su vinculación política y respecto a una determinada concepción del mundo; la vinculación al Derecho y a la Ley; la vinculación al mandato de los superiores). 3. La función constitucional de los funcionarios (la esencia de los funcionarios; dirección de hombres y formación de los asuntos; representación e integración).

WALTER FUNK: *Die Umwandlung von Handels-Gesellschaften unter Wahrung der Identität.*

Es un interesantísimo problema el que plantea la llamada transformación de Sociedades sin alteración de su identidad. En estos tiempos de cambios y depreciación de la moneda, en que las Empresas aumentan sus capitales, realizan actos de conversión, unión, fusión, incorporación y absorción, modifican fundamentalmente sus estatutos y se dejan arrastrar por el torbellino de la especulación financiera, se impone la necesidad de fijar con exactitud los límites dentro de los cuales una Corporación o Asociación puede transformarse en otra, sin pasar por los trances de disolver la antigua, adjudicar el capital y aportarlo a la nueva.

En la vida económica de una Sociedad que se transforma jurídicamente no se nota a veces ningún cambio externo: el personal sigue siendo el mismo; los procedimientos de fabricación permanecen inalterables; las relaciones comerciales continúan; pero si las leyes no abren nuevos cauces a las variaciones jurídicas habrá que exigir, por lo menos, una especie de sucesión a título universal "intervivos".

El autor estudia la conveniencia del mecanismo de transformación y su desenvolvimiento en las leyes alemanas; aclara su concepto económico y jurídico y determina sus especies; fija los presupuestos de la identidad (permanencia, notas esenciales, personas), y entra en el examen de los casos particulares: transformación de una copropiedad mancomunada en otra de personalidad jurídica; de mancomunidad en persona jurídica y viceversa, para concluir con la transformación sujeta a sucesión universal.

LA REDACCIÓN.