

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVIII

Marzo de 1942

Núm. 166

La sustitución ejemplar

Uno de los artículos más oscuros del Código civil, pese a su aparente sencillez, es el 776, el de la regulación de la sustitución ejemplar o cuasi pupilar.

Dice así:

"El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a Derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado, hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón."

La sencillez aparente del artículo es grande, porque al otorgar la facultad a los ascendientes, sin distingos, es de creer que se refiere a todos, por aquello del *ubi lex non distinguit*. Al expresar que para la validez de la sustitución ha de haber sido declarada judicialmente la demencia, va de suyo el ánimo hacia la necesidad de una declaración judicial *anterior al testamento*. Al dar esa facultad a los ascendientes para atender a la situación del demente, parece lógico que se extienda a todos los bienes del mismo.

Esa sencillez determinó a algún comentarista a decir que precisamente por ella el precepto no necesitaba comentario.

Y, sin embargo, cuando se estudian los antecedentes del caso y las consecuencias de sus interpretaciones, surgen las dificultades y problemas que dan al traste con las apariencias de sencillez.

Acabamos de verlo bien palpablemente en una sentencia del Tribunal Supremo al casar la recurrida de la Audiencia de La Coruña

sobre pleito procedente del Juzgado de Primera instancia de Noya, en oposición a tres sentencias del propio Tribunal.

Algo existe en el artículo 776 cuando tan alto Tribunal cambia de rumbo en la interpretación, referida en los cuatro pleitos al supuesto de la necesidad de una declaración judicial previa al otorgamiento del testamento sustitutorio—llamémosle así—, supuesto aceptado por aquellas tres sentencias primeras (de 1928, 1929 y 1932), pero negado por la última, la reciente del 10 de junio de 1941.

El precepto y la interpretación del Tribunal Supremo merecen estudio detenido, particularmente por las consecuencias que se desprendrán de la sentencia de 1941.

Consultemos sus antecedentes, el precepto mismo, las múltiples y contradictorias opiniones de los más destacados jurisconsultos, y según nuestro leal entender formulemos algunas de las conclusiones respectivas.

ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO

En Roma ordenó Justiniano el derecho de la sustitución *cuasi-pupilar*, a *ejemplo* de la pupilar, recibiendo por ello el nombre de sustitución *ejemplar*, con el que principalmente se le conoció más tarde.

Del contenido y alcance del texto justinianeo formamos juicio a través de distintos comentadores.

De Heinecio, en su obra "Recitaciones del Derecho Civil Romano", extracto lo siguiente:

"En el Digesto solamente se conocieron la sustitución vulgar y la pupilar. Después se añadió otra ideada por Justiniano, por lo cual se llama justiniane, aunque también ejemplar y cuasi pupilar, distinguiéndose ésta y la pupilar en las siguientes notas:

A) La pupilar se estableció para los impúberes, la cuasi pupilar para los curiosos, los mentecatos y más tarde también para los pródigos y sordomudos, aunque fuesen púberes.

B) La pupilar se hacía sólo por el padre; la ejemplar, por todos los ascendientes.

C) Se podía sustituir pupilarmente a los desheredados, pero ejemplarmente tan sólo a los instituídos herederos.

D) En la sustitución ejemplar debía guardarse cierta gradación para ser sustituto, que no se requería para la sustitución pupilar.

E) La sustitución pupilar concluía con la pubertad; la ejemplar, cuando cesaba el estado anormal.

Maynz, en su obra meritísima "Curso de Derecho Romano", se expresa así:

1.º La sustitución justiniana, quasi pupilar o ejemplar, difiere de la pupilar, particularmente, en que no exige patria potestad ni impubertad.

2.º La redacción defectuosa de los dos únicos textos que tratan de esta creación Justiniana motivó grandes dificultades y controversias; por ejemplo, las siguientes:

A) Si la sustitución quasi pupilar implica sustitución vulgar y, en su caso (es decir, suponiendo al demente impúber y bajo potestad) sustitución pupilar, cuestión que es de suma importancia en el caso de que el demente muera antes de llegar a la pubertad.

B) Si el testador debe limitar la sustitución a los bienes que deje al demente o si puede disponer además de todo su patrimonio, apoyándose los defensores de la limitación en la referencia concreta de Justiniano a aquellas cosas que *in testamento relictā sunt* y en que solamente así se evita la complicación inmensa que resulta de autorizar a todos los ascendientes para hacer la sustitución ejemplar, y si bien es verdad que se objeta de contrario aquello de que *nemo pro parte testatus...*, es objeción de poco valor cuando se trata de una innovación de Justiniano.

De Ortolan, en "Explicación histórica de las Instituciones de Justiniano", tomo lo que sigue sobre la sustitución ejemplar:

1.º Su objeto es prevenir el caso de que el hijo púbere muera intestado por su estado de demencia.

2.º Es una sustitución condicional, porque está hecha bajo esta condición: si muere sin haber recobrado su razón (*si non resipuerit*).

3.º Se halla colocada en segundo lugar, bajo una institución principal, porque el ascendiente no puede hacerla sino como cosa accesoria a su propio testamento.

4.º La sustitución ejemplar no se hace en virtud de la patria potestad, sino por la cualidad de ascendiente, sea el padre, la madre u otro ascendiente.

5.º Habiendo descendientes o hermanos del demente para la sustitución deben ser antepuestos, por ese orden, a las demás personas.

6.º Ante el problema, no resuelto por el Derecho Justiniano, de

la preferencia de testamentos cuando hubiere varios otorgados por distintos ascendientes del incapaz, tan sólo caben conjeturas: a juicio de algunos expositores, la voluntad del padre debe prevalecer; según otros, en vida del padre es éste el único facultado al efecto, y muerto el padre ocuparía su lugar el ascendiente más próximo; pero según otros, el ascendiente que muriese el último de todos asumiría las facultades de sustitución.

7.^º Antes de Justiniano existía ese poder sustitutorio ejemplar del padre, pero a condición de solicitarlo y obtenerlo a medio de restricto del Príncipe.

El ilustre romanista francés Duaren dice que Justiniano se compadeció del hijo demente facultando a sus padres para testar por él; a sus padres, en plural (*notandum est Justinianum loqui de parentibus... nominatim de matre*), a diferencia de la sustitución pupilar, en la cual la facultad se concretaba al padre, debiendo tenerse presente —añade— que bajo la denominación de *hijos* se comprendían en la sustitución ejemplar todos los herederos, hijos, nietos, etc., al revés de la sustitución vulgar, si bien el comentarista francés consideraba excluida entonces la descendencia natural; pero en lo demás, sigue diciendo, en lo no exceptuado expresamente, deben aplicarse a la sustitución ejemplar las normas de la pupilar.

La sustitución ejemplar podía aplicarse incluso a los hijos impúberes, a juicio de tan distinguido tratadista, basado en la locución justiniana *ets puberes sint*, así como también en la razón lógica de que se consuela mejor al padre en bien del hijo descendiente incapaz autorizándole para el testamento sustitutorio cuando ya desde la impubertad esté enajenado, en previsión de que el padre fallezca durante esa impubertad del demente.

DERECHO ESPAÑOL

La ley 11, título 5.^º de la Partida 6.^a, describe así la sustitución ejemplar:

“Es aquella que pueden hacer los padres et las madres a su fíos que son locos et sin memoria... Pero tal sustitución como esta se puede desfacer en tres maneras: la una... si el substituto es desmemoriado et después desotorna en su memoria; la otra es cuando nasce fijo o fija;

la tercera es si aquel que la hizo la revoca por otro testamento que hace después."

Antonio Gómez, en "Variae Resolutiones" (edición de Madrid de 1768), dice lo siguiente:

1.^o La sustitución ejemplar se aplica al pródigio también.

No se aplica al hijo natural de madre ilustre porque ella *no le debe legítima* ni él es capaz de sucederle; ni al hijo natural respecto a su padre, porque *no le sucede*.

2.^o La madre que pasó a segundas nupcias no puede, a juicio de algunos, hacer sustitución ejemplar, porque ésta se funda en razones de humanidad y piedad, que desaparecen entonces, y aun por razones de administración de bienes, que también desaparecen; pero—añade el eminent publicista—creemos con otros comentaristas que aun la binuba puede hacer la sustitución ejemplar.

3.^o Si el demente recobraba la razón quedaba revocado el testamento, pero si volvía a caer en locura, sin haber hecho entretanto testamento, volvía probablemente a renacer la cláusula sustitutoria.

4.^o Si el padre y la madre hacían sustitución ejemplar, los bienes de cada uno y los de su línea iban al testamento o *sucesión respectiva*, mientras los ajenos a tales líneas (es decir, que podía disponer de todos los del demente) se *repartían* entre los herederos llamados por el padre y la madre.

Los señores Montalbán y La Serna, en su obra "Elementos del Derecho Civil y Penal de España", edición de 1877, dan por vigente entonces las normas siguientes:

1.^a La sustitución ejemplar es aquella que el padre, la madre, los abuelos y otros ascendientes hacen a los descendientes que hubieren perdido el juicio, para el caso en que mueran en tal estado sin testamento.

2.^a Como tal sustitución no constituye una consecuencia de la patria potestad, es claro que pueden hacerla los ascendientes respecto a los descendientes emancipados y a los que han contraído matrimonio. La madre que ha pasado a segundas nupcias no pierde tal facultad.

3.^a No puede hacerse la sustitución cuando los descendientes testaron válidamente antes de su enfermedad, porque la locura sobreviniente no es causa revocatoria del testamento.

4.^a El ascendiente debe respetar los órdenes de preferencia establecidos por la ley: descendientes, ascendientes y hermanos.

5.^a Cesa la sustitución ejemplar cuando el sustituído recobra el juicio o tiene un hijo o se revoca el testamento.

DERECHO VIGENTE SEGÚN EL CÓDIGO

Ya conocemos la letra del artículo 776.

Veamos lo que dice Mucius:

Primero. La sustitución pupilar y la ejemplar tienen un mismo fundamento histórico y jurídico: "son dos aspectos y una sustitución sola".

Segundo. Los antiguos fundaron la pupilar en el poder paterno; la ejemplar, en la naturaleza, en la humanidad, afecto, piedad y tutela de los parientes.

Tercero. Ambas van desapareciendo razonablemente de los Códigos modernos, quitando Portugal y Méjico.

Cuarto. La sustitución ejemplar alcanza tan sólo a los bienes del otorgante de la sustitución, pues otra cosa sería darles el Código civil carta blanca a los ascendientes, opuesta a la facultad que tenían en el Derecho antiguo, donde había ciertas gradaciones para ser sustituto, y al ordenamiento del mismo Código civil.

Quinto. La sustitución ejemplar sólo puede hacerse por los mayores de catorce años. Se concreta a los enajenados mentalmente, no se extiende a los pródigos ni sordomudos.

Sexto. Ante las graves dificultades nacidas de la frase "que conforme a Derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental", nos decidimos por un criterio marcado, no por el Código, sino por el aspecto jurídico más elemental, que comprendíamos en estas conclusiones: A) El padre o la madre puede nombrar sustituto ejemplar para el hijo enajenado comprendido entre catorce y veintitrés años, sin necesidad de expediente de declaración judicial de la incapacidad. B) Después de los veintitrés años del hijo se necesita ya la declaración judicial previa de la incapacidad, que habrá de obtenerse conforme al artículo 213 del Código. C) El interesado justamente en la nulidad de tal sustitución vendrá obligado a probar que al otorgarse ésta el supuesto incapaz no lo era realmente.

Séptimo. Creemos que el artículo 776 reformó el criterio de las Partidas de establecer como único modo de distinguir la sustitución

ejemplar el recobro de la razón o memoria, pues, discusiones más o menos fundadas a un lado, entendemos que *el Código no se contenta con el recobro de la razón*, sino que requiere la existencia de un testamento que otorgue el incapaz en un intervalo lúcido, o después de recobrar permanentemente la razón.

Octavo. Es de estimar acertada la opinión de Antonio Gómez de carecer de aplicación la facultad sustitutoria cuando el demente de hoy tenga otorgado anteriormente su testamento.

Noveno. Otorgado testamento por el demente, ya en un intervalo de lucidez, ya por haber recobrado la capacidad, quede ineficaz el de la sustitución ejemplar, aunque el nuevo no contenga institución de heredero, porque al fin y al cabo es testamento, contiene voluntad de última disposición del otorgante, quien si no ha querido instituir heredero sería por atemperarse a las normas supletorias de la ley.

Décimo. Si a nombre del sustituído, o sea del incapaz, se han enajenado bienes de los comprendidos en alguna cláusula del testamento sustitutorio, el llamado a ello en el testamento deberá contenerse, salvo lesión en su legítima, con el remanente de la cláusula o hijuela.

Del Sr. Sánchez Román, en sus "Estudios de Derecho Civil", son estos conceptos:

1.^º Por el Derecho anterior al Código era preciso nombrar como sustitutos ejemplares del demente a los descendientes legítimos, ascendientes o hermanos, por ese orden; pero hoy, el artículo 776 no pone ninguna traba al testador, siendo, por consiguiente, libre el nombramiento del sustituto en ese aspecto.

2.^º Para que actualmente pueda nombrarse sustituto al demente será necesario expediente judicial previo, instado por los que tengan derecho a sucederle abintestato o, en su caso, del Ministerio fiscal. Esto presenta, sin embargo, un problema de carácter procesal en los casos en que el demente se halle sujeto a la patria potestad, por lo que resulta de los artículos 213 y siguientes del Código, creyendo nosotros, contra la opinión de algún comentarista (alude a Mucius), que la previa declaración judicial se refiere aun a los supuestos en que el demente esté sujeto a la patria potestad, ya que la ley no hace distinción de casos ni personas: la jurisprudencia es la encargada de determinar el sentido en que hayan de entenderse y aplicarse tales disposiciones, mancas en la redacción.

3.^º El testamento sustitutorio subsiste mientras no lo deje sin efecto otra disposición testamentaria del incapacitado, aunque lo lógico *hubiera sido* que por el mero hecho de recobrar su capacidad quedase destituído de eficacia el testamento de la sustitución, a ejemplo de la pupilar, donde por el solo hecho de alcanzar el impúber la edad de catorce años, se extingue la sustitución pupilar.

4.^º Si el incapaz otorgó testamento antes de caer en la enajenación mental, no pueden ya sus ascendientes otorgar la cláusula de la sustitución ejemplar, aun cuando pretendiesen limitarla a los bienes de los otorgantes mismos.

Manresa se expresa así, sustancialmente, en el comentario al precepto que nos ocupa:

1.^º Mientras que en algunos artículos de los contados Códigos extranjeros que regulan la sustitución ejemplar se previene que el ascendiente puede nombrar sustituto a los descendientes mayores de edad que conforme a Derecho *hayan sido declarados incapaces* por enajenación mental, en otros, como el artículo 1.862 del Código portugués, se expresa que tal sustitución queda sin efecto si el incapaz *recobra la razón* y se declara así por *sentencia judicial*.

2.^º La propia esencia de la sustitución ejemplar requiere que el sustituido se halle en estado de ser incapaz para testar, pero que deja de serlo por causa de la incapacidad declarada. No basta que el sustituido incurra en demencia, sino que, conforme a los claros términos del artículo 776, es preciso que la demencia sea declarada en forma.

3.^º En resumen. Para la sustitución ejemplar es indispensable la concurrencia de los requisitos siguientes: A) Que la persona que haya de ser sustituida sea mayor de catorce años. B) Que haya incurrido en incapacidad por enajenación mental. C) Que la incapacidad haya sido declarada con arreglo a Derecho.

Es de excepcional importancia lo que extractamos del Sr. Maura en el dictamen 19 del tomo I y en el 11 del III:

Primero. Dificultades arduas presenta el artículo 776 del Código por causa de la anfibología de que adolece, como el momento de la declaración de incapacidad mental, la extinción del testamento de la sustitución ejemplar, si es preciso ser mayor de edad para la declaración judicial de demencia en vista del artículo 213 del Código, etc.

Segundo. Visto el contenido de ese último artículo, algún comentarista creyó que antes de cumplir la mayoría de edad el demente

podría el ascendiente prescindir de la declaración de herederos, pero que en cumpliéndola sería necesaria para la sustitución, opinión que carece de fundamento en el artículo 776.

Tercero. La declaración judicial de incapacidad ha de hacerse sumariamente, cabiendo luego contra ella el pleito ordinario, siendo, pues, interina e inestable tal declaración judicial, calidad que no cuadra bien con el extremo rigor de referirla precisamente a fecha anterior al nombramiento.

Cuarto. Una declaración judicial de incapacidad parece requerirse por el artículo 776: que sea hecha *antes del testamento*, o *después*, *lo estimamos indiferente*, siquiera no falte apoyo en la letra del precepto para inclinar el ánimo a primera vista al tiempo anterior al testamento, contra otros razonamientos de mayor fuerza, principalmente el ánimo y espíritu de la disposición misma.

Quinto. El ascendiente puede disponer universalmente de los bienes del enajenado, porque se trata de un título sucesorio, se testa en lugar de él. Ya lo decían las Partidas: “E si muriese en la locura aurá el substituto todos los bienes dél”, texto más claro y explícito en ese punto que el del Código Justiniano (Ley 7.^a, párrafo 2.^o, título 7.^o, libro 5.^o) y otros de la Instituta, sin importar que el Código portugués redujese la sustitución a los bienes provenientes de quien la ordena, pues la legislación española siguió otros senderos.

Sexto. Todos los ascendientes están facultados para hacer la sustitución que esa índole tutelar tiene la sustitución ejemplar; pero eso mismo es compatible con la existencia de un orden prelativo entre ellos, pareciéndonos que en las disposiciones que resulten incompatibles, *el grado más próximo excluiría al más remoto*, a semejanza del artículo 220.

La “Enciclopedia Jurídica Española” se expresa del siguiente modo:

1.^o Para el Derecho romano, en la sustitución pupilar era indiferente que el padre instituyese o desheredase al descendiente para quien nombraba sustituto; pero en la ejemplar el ascendiente había de dejar al enajenado la legítima debida por el ascendiente mismo para poder nombrarle sustituto.

2.^o Ya dentro de nuestro Código civil no vemos inconveniente en aceptar el criterio racional de Mucius cuando dice que al demente menor de edad pero mayor de catorce años puede el padre designarle

sustituto sin previa declaración judicial de demencia, mas al mayor de edad no puede designárselo sin ella.

3.^o La sustitución ejemplar, cual la pupilar, puede ser expresa o tácita.

4.^o Para extinguir o dar por ineficaz el testamento de la sustitución ejemplar no basta que el demente recobre de algún modo la razón, pues se requiere, además, que otorgue testamento.

5.^o Al que cae en estado de demencia no se le puede sustituir en forma ejemplar cuando ya el incapaz tenga hecho por sí mismo algún testamento, porque la finalidad de tal sustitución es evitar que el incapaz muera sin testamento.

6.^o La disposición testamentaria que el incapaz haga después del testamento sustitutorio hace éste ineficaz, por más que el nuevo no contenga institución hereditaria.

Del Catedrático Sr. Traviesas, en la *R. D. P.* de diciembre de 1927:

A) El artículo 776 no exige para la validez de la sustitución ejemplar que el ascendiente deje al sustituído o demente su legítima, por cuanto se trata del testamento de éste y no del que otorgue por sí el ascendiente.

B) Tanto la letra como el espíritu de la ley sustantiva exigen de manera incontrovertible la previa declaración judicial de incapacidad del menor, estando la dificultad únicamente en el estado procesal, si bien la declaración deberá hacerse sumariamente y ser resuelta por auto, a tenor de los artículos 218 y 219 del Código, aunque prescindiendo, cuando se trate de menores constituidos en patria potestad, del Consejo de familia.

C) La sustitución queda sin efecto por las causas establecidas en el artículo 776, pero también por la revocación del testamento hecha por el ascendiente que hubiese otorgado el testamento del incapaz.

D) Cuando varios ascendientes otorguen testamento sustitutorio, parece razonable darles la preferencia indicada por la ley para los casos del desempeño de la tutela legítima.

Del eminente Castán recordamos lo siguiente:

Primero. La sentencia del 6 de febrero de 1907 da por supuesta la facultad de testar por entero a nombre del demente.

Segundo. El profesor Traviesas sostiene que si concurren varios testamentos de ascendientes es preferido el del llamado a la patria potes-

tad o a la tutela legítima; pero no dejará de ser aceptable estotro criterio: el testamento último de cualquiera de los ascendientes derogará el anterior.

Tercero. Es anómalo que *no baste* el simple hecho de recobrar la razón el incapacitado para dar por extinguida la sustitución ejemplar, por aquello de que *sublata causa tollitur effectus*, y, además, la ejemplar o quasi pupilar se estableció a ejemplo de la pupilar, en la cual basta cumplir la edad de catorce años para que el testamento quede ineficaz.

PROBLEMAS PLANTEADOS

No es necesario consultar más opiniones, ni aun todas las aludidas, para hacerse cargo de la existencia de multitud de cuestiones surgidas en la aplicación del artículo 776 del Código civil. *Tot capita tot sententiæ*, casi podríamos repetir aquí, donde apenas se encuentran dos opiniones francamente acordes, salvo algunos detalles, siendo el mismo Tribunal Supremo el que en un punto muy fundamental nos ha presentado dos criterios notoriamente dispares.

Estudiemos por separado algunos problemas de aquéllos, los de mayor relieve.

ASCENDIENTES A QUE SE REFIERE

En el Derecho romano y el de las Partidas podría surgir la duda, a pesar de que los textos se concretaban literalmente al padre y a la madre, pero hemos visto que algunos comentaristas eminentes lo aplicaban a todos los ascendientes, como si el término *madre* se hubiese escrito tan sólo para que no se la considerase excluida de la facultad suscitatoria.

En el Derecho vigente, el de nuestro Código, no cabe ya, en abstracto, semejante duda, en vista de la voz *ascendientes*; son todos los ascendientes.

La duda, el problema no pequeño aparece cuando queremos saber si viviendo un ascendiente muy próximo, en particular el padre del deiciente, pueden testar los demás ascendientes.

Después de haber resumido, al principio de nuestro estudio, las opiniones de los más doctos tratadistas, no vamos a reproducirlas. Basta

recordar que, según unos, deben incluirse todos los ascendientes, indistintamente, pudiendo cada uno de ellos revocar libremente el testamento del anterior; según otros, la revocación, en cuanto a los bienes propios del ascendiente, tan sólo puede hacerla éste, existiendo varios tratadistas para quienes el ascendiente más próximo excluye al más remoto, a la manera de lo dispuesto para la tutela en el artículo 211 del Código.

A nuestro juicio, tanto más modesto, militan las mayores razones en favor del pariente más próximo, según el orden, en cuanto resulte aplicable, de dicho artículo 211. Nos parece poco menos que anárquico autorizar a todos los ascendientes de modo indistinto para hacer y deshacer, en todo o en parte, cuanto hubiese ordenado cualquiera de los demás. La seguridad en los testamentos y la unidad en sus disposiciones se compaginan mal con la facultad de todos los ascendientes en aquella forma abigarrada.

Además, el testamento es un acto personalísimo, y si bien es verdad que precisamente la sustitución ejemplar implica una excepción de la regla, debe con todo mantenerse la excepción dentro de los límites inmediatos a tal condición personalísima, lo cual se obtiene mejor atrayendo la autorización al ascendiente más próximo.

¿Quién suele estar más al tanto, al cuidado y conveniencias del incapaz que el pariente más próximo para darle como heredero al que mejor haya de cuidarle, disponiendo de antemano lo conducente para asegurar el éxito?

Sería anormal, irregular, que habiendo ordenado el padre una sustitución ejemplar, viniese cualquiera de los abuelos a derogarla para ordenarla en otra forma, y no digamos nada ya sobre el espectáculo que darían varios ascendientes otorgando y revocando los testamentos y cláusulas sustitutorias.

Ahora bien: a aquella pregunta de si la mujer ascendiente que pasó a segundas nupcias podrá otorgar el testamento, contestamos afirmativamente, porque la limitación del ejercicio de la patria potestad a que se refiere el artículo 168 del Código, precepto que tampoco es absoluto, tiene fundamento muy distinto del de la facultad aquélla.

A nuestro entender, el orden de preferencia de los ascendientes será éste: el padre, la madre, el abuelo paterno, el materno, la abuela paterna...

BIENES DE LA SUSTITUCIÓN

Respecto al problema de la índole de bienes, materia de la sustitución ejemplar, ya hemos visto que, a juicio de algunos jurisconsultos, el ascendiente debe limitarse a los bienes que el mismo le deje al descendiente cuyo testamento otorga, contra otros publicistas, que extienden la facultad a toda clase de bienes presentes y futuros del incapaz, cual si efectivamente hiciese éste el testamento por sí mismo, sin hablar ya de opiniones más o menos eclécticas.

A nosotros nos parece opinión sólida la última de aquellas dos, la de la más amplia facultad del ascendiente para disponer de toda suerte de bienes del demente, cualquiera que sea su procedencia, en términos generales, por la razón indicada de que la sustitución ejemplar se otorga en beneficio del incapaz, como acto de piedad, a fin de no dejarle intestado, y hasta pensando en disponer una sustitución oportuna y conveniente para el infeliz que tanta compasión necesita de sus deudos, a quienes es lógico que el ascendiente busque, halague y premie.

Por otra parte, puede ocurrir que el ascendiente sea tan pobre que no tenga bienes de que disponer, o tenga muy pocos, mientras el demente tenga muchos, y no vamos a privar al ascendiente pobre de proporcionarle al demente el consuelo de una sustitución bien prevista y ordenada.

De la sentencia del Tribunal Supremo del 10 de junio de 1941, que luego comentaremos, se desprende esa doctrina de libertad o amplitud del ascendiente, siquiera no aparezca concretamente definida en el fallo, porque, como en el mismo se dice reiteradamente, no ha sido sometida la cuestión a su conocimiento.

SUSTITUCIÓN DEL DESHEREDADO

Ante lo expuesto, parece lógico que en el caso, más teórico que práctico, de que el descendiente se hubiese hecho acreedor a la desheredación con anterioridad a la fecha de su incapacidad, pueda el ascendiente, precisamente el que le desherede por causa legal, nombrarle sustituto ejemplar, por cuanto desheredado y todo puede el demente poseer bienes propios, los de otra procedencia: a supuestos distintos, regulación distinta.

LA FILIACIÓN NATURAL

Cabe aquí la cuestión de si el artículo 776 es aplicable a la filiación natural. La contestación resulta más sencilla que muchas, porque ese precepto figura en secciones donde tantos otros le son también de aplicación al hijo natural. Ni se advierte la menor razón para privarle de tal piedad o beneficio.

En este caso sí que parece que el ascendiente llamado a hacer la sustitución nunca pueda ser otro que el padre o la madre, ya que al nacer un hijo natural se crea o establece un nuevo estado de cosas ajeno a los ascendientes del padre o madre natural.

SUSTITUCIÓN ANTERIOR A LA PUBERTAD

Otro caso digno de atención es la posibilidad de sustituir en forma ejemplar antes de los catorce años del incapaz.

A primera vista se contestaría negativamente, porque el precepto en cuestión se concreta al demente mayor de catorce años; pero deteniéndonos un poco en la entraña de la ley, no se ve el menor motivo de no adelantar los acontecimientos, advirtiéndose, en cambio, poderosas razones para el adelanto o previsión.

En efecto; si el padre ve a un hijo demente, tal vez imbecil el desdichado, es evidente la utilidad de no aguardar la pubertad, con el consiguiente peligro de que no pueda más tarde hacerse la ansiada sustitución.

QUIÉNES PUEDEN SER SUSTITUTOS

Todos los que pueden heredar al incapaz; cuanto él pudiese haber hecho con sus bienes, podrá hacerlo en su lugar el ascendiente, incluso desheredar por la causa justa que procediere.

Puede ocurrir que el ascendiente se nombre sustituto a sí propio en la porción libre del incapaz, y se preguntará si ello es lícito, sobre todo teniendo descendientes u otros ascendientes.

Sin desconocer en ello un problema, estimo elemental que el otorgante del testamento no aparezca favorecido cuando haya otros de mejor dotecho, o de derecho igual: piedad, sí; pero egoísmos, no.

En ningún supuesto podrá hacer reconocimientos de hijos naturales del incapaz, por acusada que fuere la paternidad, pues se trata de actos personalísimos y de tanta trascendencia y obligaciones para el supuesto padre natural.

EXTINCIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

Lleno de dificultades se presenta este asunto en el artículo 776.

Aparentemente, la solución es sencilla, por cuanto el precepto dice que el testamento de la sustitución queda sin efecto, por el que el incapaz otorgue durante un intervalo lúcido, o después de recobrada la razón. Este inciso parece tan claro, que cuanto más se lee, más se figura uno que se refiera a los dos tiempos que, según el Código, puede otorgar su última voluntad el declarado demente, o sea, en un intervalo lúcido, o con posterioridad al recobro del hábito de la razón; en otros términos, se supone siempre que el demente otorgue testamento por sí mismo para la caducidad del otro, sin ser suficiente que haya recobrado la capacidad.

Si el legislador hubiese querido expresar otra cosa no habría empleado varios términos incompatibles con el supuesto de que por el mero recobro de la razón habitual decaiga el testamento; las palabras *durante* y *después* se completan y entrelazan visiblemente.

Además, no hubiera empleado probablemente la frase *después de recobrada la razón*, sino *al recobrar la razón*, de no decirlo ya con la claridad y exigencia notoria del Código portugués, el cual refiere el recobro de la normalidad a su declaración por sentencia judicial.

Sin embargo, algo ocurre cuando jurisconsultos del mayor relieve explican el inciso cual si estuviere redactado así: "La sustitución se extingue después que el demente recobre la razón, o en virtud de testamento que hubiese otorgado en un intervalo lúcido." Es decir, que, según ello, bastaría el hecho de haber recobrado el hábito de la razón para dar por ineficaz el testamento sustitutorio, que era lo que acontecía en el derecho antiguo con el aplauso de los hombres de leyes.

TESTAMENTO ANTERIOR DEL INCAPAZ

Si antes de caer en incapacidad una persona ha tenido la previsión de otorgar testamento, cabe preguntar si el ascendiente puede revocarlo al verla caída en demencia.

No es tan sencilla como parece la contestación. Suele decirse, ya de antiguo, que entonces el ascendiente carece de facultad para la sustitución ejemplar; pero yo entiendo que si bien es verdad que, conocida la voluntad de una persona, no es procedente contradecirla ni modificarla como no sea por ella misma, también es verdad que si ha ocurrido algún grave acontecimiento posterior al testamento mismo, no se debe afirmar que se contradiga o modifique la voluntad del testador.

El ejemplo puede verse en el caso de que el demente hubiese instituido herederos a sus padres, sin prever la sustitución vulgar, y que los instituidos falleciesen en la demencia del hijo, o que éste tuviese algún hijo posterior al testamento y no incluido en él.

¿No será lógico, humano y piadoso, reputar autorizado en casos semejantes al ascendiente para un nuevo testamento? Se nos dirá que el incapaz, cuando otorgó testamento antes de caer en esa situación, ha podido prever aquellos casos. Ciento; pero no deja de ser una imprevisión muy corriente; ni pueden extremarse tanto los cálculos de las previsiones. Bien que valga, como debe valer, aquel testamento anterior a la incapacidad; pero estimamos justo que valga también el sustitutorio en todo cuanto se refiera a la institución de herederos, la misma que precisamente ha quedado sin efecto al ocurrir el acontecimiento no previsto en el primitivo testamento. El nuevo, el de la sustitución ejemplar, deberá concretarse entonces a la institución de heredero, pero esto deberá autorizarse.

DECLARACIÓN DE LA INCAPACIDAD

Recordemos cómo varios comentaristas niegan la posibilidad legal de declararse judicialmente la locura o demencia del *menor de edad*, fundándose en el artículo 213 del Código, que refiere la declaración de incapacidad a los *mayores de edad*.

Pero fijémonos en que ese artículo no dice que únicamente a los mayores de edad se les pueda declarar incapaz; no excluye en modo alguno que el mayor de catorce años pueda ser objeto de la declaración de incapacidad, y parece natural que si el de catorce años cayó seguidamente en estado de demencia, pueda el ascendiente, el mismo padre, aun en la tesis de no ser necesaria la declaración previa de demencia, solicitar del Juzgado tal declaración, ya, para mayor seguridad, en el testamento sustitutorio que intente, ya para salir de las dudas que pudiere tener sobre la realidad de la demencia.

¿Por qué se le va a negar al ascendiente esa garantía y tranquilidad respecto al mayor de catorce años, pero menor de edad?

Lo de oír al consejo de familia para la declaración de incapacidad, conforme al artículo 216, es visto que se refiere al caso de la tutela, sin detimento u obstáculo, para que, prescindiendo, por supuesto, de tal audiencia cuando se trate de declaración de incapacidad del sujeto a la potestad paterna, solicite el que ejerza ésta la declaración judicial de demencia: las leyes no pueden prever todos los supuestos o eventualidades.

NECESIDAD DE DECLARACIÓN JUDICIAL

Con esto llegamos al punto culminante de los problemas: al caso determinante de este trabajo. Si la declaración judicial de demencia debe preceder al testamento de la sustitución ejemplar.

Indicadas ya al principio las opiniones principales sobre punto tan debatido, voy a resumir las sentencias dictadas al respecto por el Tribunal Supremo, y después expondré algunas conclusiones.

Sentencia del 21 de abril de 1928.—Un padre, a medio de testamento de 1894, instituyó heredero a un hijo mayor de treinta años, expresando que por hallarle incapacitado de hecho, le sustituía en forma ejemplar varios parientes de tercero y cuarto grados.

Muerto el padre, no tardó en hacerse la declaración judicial de la incapacidad.

Fallecido en 1924 el incapaz, fué combatida de nula la cláusula suscitatoria, a lo cual accedió el Juez de Primera instancia de La Roda, don Agustín Polidura. Apelada la sentencia, fué revocada por la Sala de lo Civil de Albacete.

Se planteó luego el recurso de casación, bajo la firma del letrado señor Ossorio Gallardo, quien alegó en particular las razones siguientes:

A) Sería inadmisible e inhumano imponer al padre, sobre quien pesa ya la terrible desgracia de la enfermedad del hijo, una declaración previa de incapacidad del mismo.

B) El artículo 776 refiere el pretérito perfecto de subjuntivo “haya sido” a la fecha de la muerte del sustituto y no a la del otorgamiento del testamento.

C) En el caso de autos no cabía duda de que el sustituido venía en

estado de incapacidad desde niño; como que para eximirle del servicio militar se le tuvo por imbecil.

D) Aun declarada judicialmente incapacitada una persona, si se otorga por ella el testamento, resulta, conforme al Código, que si el incapaz recobra plenamente la capacidad mental, en la que permanezca hasta su muerte, deviene ineficaz la sustitución; de donde se sigue que para la ley "el único acto regulador de la sustitución ejemplar es el de la muerte del incapaz".

Pero el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación expo- niendo:

1.^º El pretérito perfecto *haya sido* demuestra claramente la nece- sidad de la declaración previa; esto es, que la declaración judicial debe preceder al testamento.

2.^º La intención del legislador no parece otra tampoco; como que del texto de la ley 11 del título V de la partida 6.^a se desprende que ya entonces era requisito indispensable la declaración judicial anterior al testamento.

3.^º Ello representa una garantía para el estado del sustituído muy necesaria, sobre todo teniendo en cuenta la amplitud de las personas comprendidas en el artículo 776 como ascendientes autorizados para otor- gar la sustitución.

Sentencia del 10 de diciembre de 1929.—Tratábase de un pleito sustanciado en uno de los Juzgados de La Coruña, sobre una cláusula testamentaria de 1916, en la cual un padre sustituía en la triple forma de vulgar, pupilar y ejemplar a una hija natural menor de los catorce años todavía, pero en previsión, respecto a la sustitución ejemplar, de que no llegase a alcanzar la capacidad mental.

El Juzgado declaró nula la cláusula, como opuesta al artículo 776 del Código, y la Audiencia de La Coruña confirmó la sentencia apelada.

Sostuvo el recurso de casación el Sr. Viguri, como letrado, alegando no ser necesario para la sustitución ejemplar que el incapaz haya cumplido los catorce años, bastando que llegue a cumplirlos, así como tam- bién en que el padre, mientras el incapaz no alcanzase la mayoría de edad, no tenía por qué promover la incapacidad del hijo, pues hasta entonces absorbía su personalidad, además de desprenderse de la redac- ción del artículo 776.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso porque:

1.^º El texto de ese artículo no autoriza a creer que, hecha la decla-

ración de incapacidad antes de los catorce años del incapaz, sea preciso hacer otra para el testamento sustitutorio, por cuanto donde hay la misma razón debe aplicarse la misma norma de derecho.

2.º Es requisito indispensable para la sustitución ejemplar que la declaración judicial sea anterior al testamento, no habiendo inconveniente en hacerla antes de los catorce años, como pudo, por consiguiente, haberse hecho en el caso de autos.

Sentencia del 15 de febrero de 1932.—En 1877 un matrimonio otorgó testamento mancomunado de sustitución vulgar, pupilar y ejemplar, con relación a un hijo menor de catorce años, a quien a la vez reconocieron como natural y único heredero, aludiendo a la ejemplar para el expreso evento de que el hijo llegase a alcanzar los catorce años de edad en el estado de demencia que padecía.

Más tarde, en 1900, la propia madre del incapaz, ya viuda, otorgó nuevo testamento de sustitución ejemplar, con designación, además, del organismo tutelar en razón de la demencia. En la cláusula sustitutoria establecía que debía darse a la sustitución el alcance posible del artículo 776 del Código.

Promovido pleito ante el Juzgado de Mérida con la súplica de la anulación de ese testamento de 1900 en todo el alcance de la cláusula sustitutoria, o cuando menos en la disposición de bienes ajenos a la testadora, por falta de declaración judicial previa, con la declaración, además, de la nulidad de las particiones hechas a base de tal cláusula y la de las inscripciones consiguientes, que deberían ser canceladas en el Registro de la Propiedad, así como declararse que los demandantes eran herederos abintestato del llamado incapaz, a quienes, por lo tanto, deberían entregar los bienes en cuestión.

Los demandados contestaron que el sustituído se hallaba realmente incapacitado desde niño por una enfermedad incurable, que había determinado su exención total del servicio militar, y también por esa causa, a la muerte de su padre, siendo mayor de edad el incapaz, intervino en su representación un curador, y a la muerte de la madre fué declarada más concretamente la incapacidad y se le constituyó el organismo tutelar.

El Juzgado estimó la nulidad solicitada, y la Audiencia de Cáceres, previa vista en discordia, confirmó la sentencia apelada.

El recurso de casación fué mantenido por D. Francisco Bergamín, y compareció en el acto de la vista, por la parte recurrida, el Sr. Ossorio Gallardo.

Alegó el recurrente en sus motivos de casación que si bien el propio recurrente sostenía la interpretación del artículo 776 del Código de ser necesaria la declaración judicial de demencia, afirmaba que, en cuanto a la forma de verificarla, no era preciso someterla al artículo 218 del mismo Código, cuando se trate, como en el caso presente, de las realizadas antes de la publicación de ese Cuerpo legal, a más de no creer el recurrente que fuese necesario que la declaración judicial de incapacidad hubiese de preceder al testamento.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, por entender que el artículo 776, corroborado en ese sentido por dos sentencias ya, requiere que la declaración judicial de demencia preceda al testamento de la sustitución.

Sentencia del 10 de junio de 1941.—Un señor instituyó heredero en el año de 1900 a su hijo, sacerdote; pero considerándole en estado de demencia, aunque no declarada judicialmente todavía, ordenó la sustitución ejemplar.

A los cuatro meses del testamento falleció el testador, o sea el padre, quedando su viuda, la cual otorgó en 1902 su testamento, instituyendo único heredero a la misma persona, al sacerdote hijo suyo; pero continuando, a juicio de la testadora, en el estado de demencia, ordenó nueva sustitución ejemplar, obligando a los sustitutos a mantener y cuidar al incapaz.

En auto judicial del 16 de mayo de 1916, muerta ya su madre, el sacerdote fué declarado judicialmente incapaz y sometido a la siguiente tutela.

Al fallecer él también, sus parientes más próximos pretendieron ser declarados sus herederos abintestato, a base de que la sustitución era nula, por falta de declaración judicial *previa*; pero el Juzgado rechazó la pretensión, reservándose para ventilarla en juicio ordinario.

Presentóse, en efecto, la demanda de mayor cuantía pidiendo la nulidad de la cláusula sustitutoria, y que, en caso de no ser declarada nula, se la reputase limitada a los bienes de la testadora, o sea, de la madre del incapaz, sin poder extenderse a los que de otras procedencias pertenecían al sacerdote sustituído.

Opuestos a la demanda los demandados, el Juzgado de Primera instancia de Noya desestimó la demanda en cuanto a la nulidad de tal cláusula, pues la estimaba válida, si bien limitó la validez a los bienes que al sacerdote había transmitido por herencia su madre, ya que el

propio Juzgado entendía que tan sólo en los transmitidos por el otorgante de la cláusula sustitutoria era lícita la sustitución ejemplar del artículo 776 del Código.

Tramitada la apelación, a instancia del demandante, ante la Audiencia de La Coruña, bajo la ponencia de un esclarecido Magistrado, que lo es actualmente de la Audiencia de Madrid, revocó la sentencia del Juzgado, estimando nula por entero la cláusula sustitutoria, conforme solicitaba el recurrente.

Entonces la parte apelada compareció en la Audiencia para preparar el recurso de casación por infracción de ley, que luego se formalizó ante el Tribunal Supremo, con la dirección del Letrado D. Julio Wais, alegando principalmente los motivos siguientes para el recurso:

1.º No se trata aquí de una sustitución ejemplar corriente, sino que la testadora ha nombrado herederos suyos a determinadas personas para el caso de que su hijo, el sacerdote, falleciese sin recobrar la razón, imponiéndoles aquella obligación tan respetable y acertada de cuidarle, etc., no como carga, sino como disposición perfectamente lícita en tales circunstancias, conforme lo era ya ante las Partidas, aun para el supuesto de que el hijo no estuviese declarado judicialmente incapaz, bastando la declaración de incapacidad que hacían los padres y que en tal incapacidad se hallase al morir: "establezco por mi heredero a Fulano mi hijo, e si él muriese en aquella locura en que agora es, establezco por su heredero en su lugar a Fulano" (texto de las Partidas). Era suficiente, pues, la declaración del padre y acreditar que la locura persistía al fallecer el padre mismo.

2.º Ese derecho histórico no ha sido alterado por la ley de Bases del Código civil, el cual, en el artículo 776, se inspira ciertamente en la doctrina de las Partidas, sin más variación importante que la de ampliar a los ascendientes en general la facultad de la sustitución.

3.º Otra interpretación fundada únicamente en la letra del artículo no debe prevalecer más tiempo, por contraria al fundamento, finalidad y objeto de la sustitución tan humanitaria, a ejemplo de la sustitución pupilar.

4.º Hasta la letra del repetido precepto autoriza la interpretación de referir la fecha de la declaración judicial a cualquier momento anterior a la muerte del incapaz, aunque ese momento sea posterior al testamento de la sustitución.

5.º El requisito de la declaración judicial previa al testamento es

inútil, antijurídico, inhumano e imposible en muchos casos (en los de no haber alcanzado el incapaz la mayoría de edad, requerida por el artículo 213 del Código).

6.^o "No sólo no es necesaria la declaración de incapacidad previa al testamento, sino que ni aun siquiera es precisa la incapacidad notoria en ese momento, y basta que los padres puedan sospechar o temer que un hijo caiga en locura para que válidamente establezcan la sustitución para tal caso, porque las previsiones testamentarias se refieren a hechos futuros y se cumplen cuando éstos acaecen."

En consecuencia, debe ser suficiente que el ascendiente haga en el testamento la manifestación o declaración de demencia, "para que se pruebe y se convalide en el momento preciso".

El Tribunal Supremo recogió y amplió lo fundamental de esos razonamientos, y declara:

Primero. "Que este parecer (el de la declaración judicial previa al testamento) sólo puede ser sostenido al amparo de la letra del párrafo en cuestión, elemento útil y atendible para la interpretación, pero no hasta el extremo de que imponga un criterio de inexcusable servidumbre a la letra, que haya de ser seguido aunque se dude de que conduzca al conocimiento seguro de cuál fué el verdadero sentido del legislador."

Segundo. La exactitud de la declaración del ascendiente relativa al estado de demencia del descendiente resulta tan garantizada con una declaración judicial anterior al testamento como con la posterior, "siempre que preceda al momento de la efectividad de ésta el que ha dejado ya de ser eventual y de estar sometido a las condiciones resolutorias señaladas en el párrafo segundo del artículo citado".

Tercero. De ello se desprende que no existe razón jurídica ni de conveniencia social que abonen la utilidad o necesidad de negar a los ascendientes la facultad de la sustitución aun antes de la declaración judicial de la incapacidad, habiendo, en cambio, muchas razones que abonan la facultad misma, entre ellas los perjuicios que de negarla se derivarían, tanto más que el estado mental del sustituído en el instante de su muerte es el que rige en definitiva para la eficacia de la sustitución.

Indicadas las cuatro sentencias, vengamos concretamente al debate sobre la necesidad de una declaración judicial previa al testamento de la sustitución.

Con decir que es todo un problema, dicho se está que mientras el

legislador no lo aclare con el éxito correspondiente, cada uno opinará a su manera, según el prisma por donde lo mire. Si tres fallos tan autorizados y contestes no fueron bastante para persistir en su doctrina en el mes de junio de 1941, por estimarlos más ajustados a la letra del precepto que a la mente del legislador y al *finis legis*, no tendrá nada de particular que haya ahora quien disienta de ese fallo último, siquiera nosotros estemos persuadidos de que imperará en los Tribunales de Justicia la doctrina del nuevo fallo, que no en vano fué dictado después de concienzudo examen de las tres sentencias que le precedieron, así como de las consecuencias de un cambio tan importante en la interpretación del artículo 776.

OBJECCIONES A ESA DOCTRINA

Suele invocarse las siguientes, como más destacadas:

Primera. Se impone la interpretación literal, porque la declaración judicial anterior al testamento aleja serias dificultades e irregularidades, como la de poner en manos de los ascendientes una facultad definidora de incapacidades mentales, que frecuentemente hacen vacilar a los más doctos en la materia.

Segunda. Si no se requiere la declaración judicial previa al testamento, porque baste la posterior, se llega a la conclusión lógica de que tampoco se necesite la posterior, por cuanto las declaraciones judiciales no tienen efecto retroactivo, pudiendo, además, ocurrir que una persona se halle en estado de demencia en el año de 1942, al declararse así por la autoridad competente y haber estado en su cabal juicio en el año de 1930, en que se hubiere hecho el testamento sussitutorio.

Tercera. Si resulta cruel o inhumano obligar a un padre a solicitar del Juzgado la declaración de incapacidad de su desgraciado hijo, cual sostiene la doctrina discutida, no deja de ser bastante inhumano para el propio hijo que, después de haber otorgado su ascendiente el testamento de sustitución en obsequio del mismo incapaz, le tenga años y años pendiente de un elemento indispensable para la eficacia del testamento, o sea, de la declaración judicial de incapacidad, con el evidente peligro de que entretanto le sorprenda la muerte al hijo, o al padre: si le sorprende al hijo, el testamento no le ha valido de nada, pues fallece abintestato, y si muere primero el padre, tenemos al hijo en manos de otras personas, tal vez parientes lejanos, que difieran también la solicitud para la declaración judicial.

Esas son las principales objeciones contra dicho extremo de la doctrina acogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 1941, por no hablar ya de las emanadas de la interpretación literal del artículo 776.

Pero aquellas objeciones no tienen realidad; carecen, si bien se mira, de la fuerza que aparentan.

En efecto; hemos de ver en el testamento de la sustitución ejemplar algo peculiarísimo, muy excepcional, que mira a eventos también peculiares y excepcionales. No sólo se refiere, como los demás testamentos, a la muerte del causante, en nuestro caso del incapacitado, sino que gira en torno a una incapacidad que debe ser definida judicialmente, y a esa definición o declaración judicial se adhiere el testamento. Ahora bien: el testamento, con todas sus cláusulas correspondientes, tanto se adhiere a ella si se otorga antes de lograrla como después: es *indiferente*, como indicó el Sr. Maura.

¿Es que la declaración judicial se adelantó a la fecha del testamento? Muy bien; y ello significará que el testamento quedó adherido e identificado *ab initio* con la declaración judicial: se hermanaron ambos elementos, empezando por la declaración judicial.

¿Qué se adelantó el testamento a la declaración del Juzgado? Bien; pues ello significará que el testamento se halla pendiente de aquel evento, de que se le hermane o sume la declaración judicial de incapacidad, sin importar que entonces haya fallecido tal vez el ascendiente que otorgó el testamento, porque vive el otorgante efectivo o real, que es el incapaz.

Claro que aún queda en pie la objeción relativa al peligro de una dilación por parte del ascendiente en recabar la declaración judicial de incapacidad, el peligro de que fallezca el demente antes de ser declarado incapaz, lo cual haría totalmente inútil el testamento de la sustitución; pero ello no le resta vigor a la doctrina, sino a uno de los fundamentos innecesariamente invocados para mantenerla: el fundamento relativo a la supuesta inhumanidad de obligar al padre a impetrar del Juzgado una declaración tan dolorosa para él, cuando a mi juicio no debe hablarse de semejante inhumanidad, como no es inhumano que comparezca ante Notario y testigos a otorgar el testamento por el incapaz, ni es inhumano recomendar al padre, madre (o ascendiente que sea) que soliciten del Juzgado la declaración de incapacidad antes de que resulte tarde.

No va a negarse al ascendiente la facultad de otorgar el testamento

de la sustitución en cualquiera de las formas admitidas en derecho, y, sin embargo, esta clase de testamentos, los notariales, son los que aparecen hechos siempre sin aquel rubor del ascendiente ni menoscabo social de la familia.

De este modo deja de ser problema el que, como tal, presentan algunos sobre la necesidad de que los instituídos por sustitutos acreden en el pleito de mayor cuantía, ni en otro alguno, la realidad de la demencia en la fecha del otorgamiento del testamento de la sustitución.

No hay tal necesidad.

Lo que pasa es que si el testamento se otorga antes de la declaración judicial de incapacidad, los interesados en anular la institución pueden acreditar que al otorgarse el testamento no existía la demencia supuesta por el testador, pues aunque afirmamos aquella adhesión del testamento a la declaración judicial posterior a él, estimamos que si se hizo con inexactitud, debe caer por su base, como inexistente: adhesión, muy bien, pero de cosas que existan.

Otra solución sí que nos parece inhumana y cruel en diversos aspectos.

Recordemos, sin embargo, que, según algún jurisconsulto, el ascendiente que tenga el temor de que el descendiente caiga en demencia, puede anticiparse a hacer el testamento de la sustitución, para que cuando llegue la adversidad no resulte tarde, opinión que cree encontrar fundamento en el derecho antiguo, para afirmarlo allí con base tal, que juzga latente en el derecho nuevo.

Nos parece demasiado afinar en la *espiritualidad* del artículo 776, que ya bastante maltrecha va quedando su letra en otros extremos.

Sea de ello lo que quiera, lo que estimo indudable, en vista de lo expuesto, es que los herederos instituídos en el testamento de la sustitución pueden ostentar y hacer valer sus derechos desde luego, formalizar las operaciones particionales, inscribirlos en el Registro de la Propiedad, etc. En cualquiera de ambos supuestos; esto es, en el del otorgamiento del testamento antes de haberse obtenido la declaración judicial, o viceversa: ES INDIFERENTE.

La casería asturiana^(*)

LA TIERRA

A la zaga de la ganadería va la agricultura. Aún abre los surcos de nuestros campos el arado romano, quizá porque muchos no permiten una labor profunda; sin embargo, el mal se advierte a simple vista, hasta lo denuncian las carretas primitivas lanzando gemidos por las carriles.

La tierra es pobre, salvo algunas vegas; lo demás es pobre. Al enterarse del desembarco de Carlos V en Tazones, Cisneros le escribe diciendo: "¡Señor, cuánto deseo que salgáis de ese país tan misero para que no creáis que todo vuestro reino es igual!"

La nobleza asturiana que se distingue en la Reconquista procura hacendarse en tierras grasas y obtiene heredades en Castilla y en Andalucía; así el gran ministro de los Reyes Católicos, Hernando de Quintanilla, funda su mayorazgo en Medina del Campo.

Falta de trigo la diócesis de Oviedo, se agregó a la mitra el Arciprestazgo de Benavente.

En parte, pudo compensarse hasta el siglo XIX la pobreza del terreno con un aprovechamiento bien dirigido. Las ordenanzas concejiles distribuían los cultivos, imponían que se sembrase pan en las borronadas y obligaban a los vecinos a que plantasen todos los años en el terreno común, a principios de febrero, en el día y sitio que indicasen los regidores, dos cereales, que ingerirían al año siguiente, y en terreno propio, por lo menos otros dos cereales y cuantos más árboles frutales pudiesen, bajo la multa de dos cuartillos de vino, que sería dobrada si no lo hiciesen dentro de un plazo de tres días (1).

(*) Véase el número anterior de esta Revista.

(1) *Ordenanzas de Bello*, cit. cap. 10, art. 2.^o, y cap. 11, arts. 5.^o y 16

Por acuerdo de 26 de enero de 1531 el Cabildo Catedral y el Concejo de Oviedo repartieron las heredades que poseían en Naranco entre vecinos de la ciudad que se comprometiesen a plantarlas de viñedos (1), y así convirtieron la asolada montaña que hoy contemplamos en un frutero riquísimo del que todavía se surtía Oviedo a mediados del siglo pasado.

Esta intervención en los cultivos pugnaba con el liberalismo que se extendía a fines del siglo XVIII. Jovellanos creía perjudiciales "las ordenanzas que prohibían transformar el cultivo en pasto, descepar las viñas... y obligaban a los árboles a sufrir la marca de la esclavitud que los sujeta a ajeno arbitrio, impidiendo cortar sin licencia un tronco y dictando reglas para la tala o la poda, para la venta a tasa, para la inspección, reconocimientos y visitas de oficio a los montes y para la responsabilidad de los dueños por el número y estado de sus plantas" (2).

El tiempo demostró que las quejas de Jovellanos eran infundadas. Se quitaron las trabas y disminuyó la producción. Hoy se cosecha menos escanda, vino, castaña, avellana, nueces...

El mismo Jovellanos dice que Asturias, con Galicia y Santander, abastecía de limones a Inglaterra y a Francia, y que los montes del Principado, después de proveer pródigamente los astilleros de Guarnizo y Esteyro, creando una de las mayores potencias navales del mundo, encerraban materias bastantes para construir muchas poderosas escuadras (3).

¡Qué sería de nosotros hoy si nuestra defensa dependiera de las maderas de Asturias! Hoy Asturias importa limones... ¡je importa madera!!

La tierra es pobre, pero es muy bella; nuestras montañas son incomparables, y el dinero del turismo puede llegar a los más humildes caseros si aprenden, como en Suiza, a explotar esta fuente de riqueza.

No quiero cerrar el capítulo sin dedicar un elogio al inolvidable e ilustre asturiano D. Luis de Vereterra y Estrada, que siendo Delegado

(1) Vigil (C.): Ob. cit., pág. 441, doc. 753.

(2) *Informe sobre la Ley Agraria*, cit. pág. 32, 101.

(3) *Ibid.*, pág. 35, 103. Es de advertir que, intervenidos los montes de Asturias por la Secretaría de la Marina, es preciso buscar todo lo referente a su legislación en las disposiciones de aquel departamento.

Regio de Fomento, hizo interesantísimos trabajos de Pomología que han sido continuados de un modo laudable por la actual Sección Agro-nómica de la provincia (1).

LA REPOBLACIÓN FORESTAL

La repoblación forestal tiene dos enemigos: el minifundio y el aldeano.

El minifundio es un grave obstáculo. El pequeño propietario dueño de una hectárea o dos de monte, muchas veces no tiene recursos para la plantación; otras, aunque los tenga, no le compensa el desembolso, porque no pudiendo mantener un guarda, la mayor parte de lo plantado se pierde.

Sólo las explotaciones en gran escala permiten los gastos de conservación y vigilancia, y con una sencilla fórmula jurídica de consorcio con el Estado, y aun mejor que con el Estado con la Diputación, se lograría agrupar a los propietarios en excelentes condiciones para todos (2).

No es mejor el otro enemigo, el aldeano. El aldeano únicamente tiene interés por un pedazo de monte bajo, el necesario para el mullido del ganado, para el abono y desea que desaparezca el monte alto porque el arbolado impide el crecimiento de helechos.

(1) Los productos agrícolas, con exclusión de la manzana y forrajeras, ascienden al año a 360 millones de pesetas, y la Diputación confía con sus reformas en aumentarlos en un 10 por 100.

La manzana sólo supone un valor anual de 100 millones de pesetas, que se puede aumentar en más de un 10 por 100 también.

(2) Sin quitar mérito alguno a los trabajos realizados en la provincia por el Estado, es preciso reconocer que la Diputación, por su funcionamiento, se presta más para un convenio con los particulares.

La Diputación, además, ha demostrado bien que es digna de esta labor. La obra admirable de repoblación forestal de la Rasa de Luces y de las sierras del Fito y de Deva, hecha bajo la inteligente dirección y el entusiasmo del ingeniero de montes Sr. Terrero (Diego), merece el mayor elogio, y también no puede ser más laudable el proyecto de su competentísimo ingeniero Sr. Méndez de Andés de plantar entre los territorios de treinta y cuatro Concejos 66 millones de árboles, que representarán una renta anual de 13 millones de pesetas.

La repoblación forestal, aparte de la enorme riqueza que supone, servirá para regularizar el curso de nuestros ríos, que en tantas ocasiones se convierten en arrolladores torrentes arrasando feracísimas vegas, como ha ocurrido hace poco con la de Treviñas a Canero, que ha estado a punto de desaparecer por completo.

Su miopía no le permite ver los grandes lucros de la aldea con las cortas forestales y la utilidad que representa el tener leña en abundancia y madera para la casa, el hórreo, almadreñas e instrumentos de labranza.

Sólo se consigue su colaboración allí donde una propiedad comunal se ha salvado de las leyes desamortizadoras, entonces su celo no tiene límites; defiende el monte como su casa o sus ganados y anda a tiros o a puñaladas con los de otros pueblos si entran a talar o causan destrozos.

El caso más elocuente es el de Agones, en el Concejo de Pravia. Los vecinos son dueños de un monte cuya repoblación ha sido dirigida por los ingenieros del Estado, y todos los años se hacen cortas que suponen, aparte de jornales y otros ingresos que quedan en el pueblo, el percibo de una cantidad superior a lo que se paga por contribución. Es decir, el monte ha liberado a la aldea de cargas tributarias.

Se comprende el entusiasmo que existe entre los caseros de Agones por conservar esta riqueza, entusiasmo que se ha traducido muchas veces en fiestas, banquetes y otros homenajes populares de agradecimiento al Cuerpo de Montes, como el que se rindió hace tiempo al Ingeniero-Jefe Sr. Guallar.

El caso de Agones no debe ser excepcional; hay que ir proporcionando a las asociaciones de vecinos un patrimonio, la *allmende* que disfrutó la *gens* en remotas edades y que se impone hoy con la misma fuerza si queremos su bienestar (1).

Las calvas de los montes cercanos a Agones indican dónde empieza la propiedad desamortizada.

LA PESCA FLUVIAL

El río era propiedad privada de los labradores, y el Estado se lo quitó sin indemnización y lo arruinó por el abandono de la piscicultura.

La ruina del río repercutió en la casería. Los ribereños del Nalón

(1) Una vez más he de insistir en la diferencia entre la asociación de vecinos y el municipio. Los municipios rurales apenas tienen vida; prueba de ello es que en los bienes comunales que aún poseen hay más de 300.000 hectáreas sin cultivar, a pesar de que la Diputación ha consignado 200.000 pesetas para subvencionar las roturaciones.

pagaban sus rentas con pescado. La Abadesa de San Pelayo, de Oviedo, cedía en arriendo el año 1353 una juguería que el Convento tenía en Santo Seso (Candamo) por dos buenas lampreas y un buen salmón (1), y a fines del siglo XIX los propietarios del Dosal de Peñaullán, en Pravia, cobraban a sus colonos salmones en vez de fanegas de escanda o de maíz.

Es de esperar el remedio en ríos como el Narcea y el Sella, susceptibles de producción salmonera. Los resultados serán asombrosos. En el año 1907 el río Wye, en Inglaterra, no criaba un solo ejemplar, y gracias a una paciente labor de construcción de escalas y diseminación de crías ha producido en 1927 más de 10.000 salmones de 18 libras de peso medio, lo que representa también una mejora extraordinaria, porque en los ríos de Asturias el peso medio es de seis a ocho libras, y en el mismo río Wye en los primeros años el peso medio no excedía de 12 libras.

La experiencia demuestra que con la aplicación de medidas adecuadas a cada río la producción aumenta al cabo de seis o siete años en un 20 por 1; con lo cual, admitiendo este aumento nada exagerado, pues en Santander, en el río Pas, una Sociedad de pescadores inteligentes ha conseguido rebasarlo en seis años, en Asturias se podrían obtener en poco tiempo 70.000 salmones al año, que alcanzarían un peso total de unos 549.000 kilogramos, esto es, once millones y pico de pesetas (2).

Hay, por tanto, una deuda importante con los labradores y una deuda con Asturias entera, porque el turismo también reclama sus derechos.

LA AVICULTURA Y OTROS INGRESOS SECUNDARIOS

La apicultura, la avicultura, la cunicultura y la floricultura pueden suponer grandes ingresos para la casería, y ninguna de ellas exige un

(1) Archivo de San Pelayo, de Oviedo, *Libro Becerro*, I, fol. 892. El salmón se justiprecia en seis maravedís.

(2) Terrero (D.), artículo publicado en *Región, y Lleó, Las realidades, las posibilidades y las necesidades forestales de España*, Madrid, 1924, citados por A. Gendín (S.), ob. cit., pág. 29.

Actualmente se producen al año, en Asturias, 100.000 kilos de salmón y 660.000 de truchas, que en total suponen unos cuatro millones de pesetas. (Conferencia del ingeniero jefe de Montes, Sr. Arnáiz, en la Universidad de Oviedo, el 30 de agosto de 1941.)

gran esfuerzo, sino faenas propias para personas que no son útiles para otras labores; sólo piden un poco de solicitud y de constancia individual, y las mujeres, los viejos y ciertos enfermos encontrarán en su atención, más que un trabajo, un recreo.

Las abejas han dado origen a una copiosa legislación, que fué olvidándose a medida que se olvidaron las colmenas; pero estos grandes operarios, que trabajan continuamente para Dios y para los hombres, han vuelto en la época de escasez a recobrar todo su valor, y la Diputación Provincial de Asturias, recogiendo las iniciativas del virtuoso sacerdote D. Carlos Flórez, ha empezado a crear cotos apícolas, cuyos beneficios apreciará en seguida la aldea.

Como muestra, he de decir simplemente que un casero ha obtenido de sus abejas en el año último 8.000 pesetas; el sueldo, sin descuento, de un jefe de Negociado.

La Sección Femenina de F. E. T. de la Ciudad y el Campo se propone hermosear los pueblos, haciendo que salgan rosas hasta en los setos que separan las fincas. Los agricultores de los alrededores de Gijón y Oviedo, sobre todo, ya empiezan a conocer lo que vale el producto, pues se lleva con los demás al mercado (1).

Algún curioso investigador quizá nos dé un día detallados antecedentes históricos de la floricultura en Asturias; yo he de confesar humildemente que no los tengo; pero sé, en cambio, el piadoso homenaje que un viejo maestro asturiano rendía todos los años a Nuestra Señora de Covadonga, de la que era ferviente devoto. En la época de granar la madreselva, un sábado por la tarde, después de rezar la Salve, salía con sus alumnos, recogía la semilla, la guardaba cuidadosamente y, al cabo de unos meses, en tiempo oportuno, volvía al campo con los muchachos y la desparramaba por los bordes del camino.

—Nuestra Señora—me decía—quiere que hagamos el bien desinteresadamente a todos, hasta a los que no conocemos. Un día un peregrino, al pasar por aquellos lugares y respirar el aire saturado de flores, elevará sin duda a Dios una oración, de la que algo me alcanzará.

(1) El jefe del departamento de Industrias Rurales de la Hermandad de la Ciudad y el Campo, D. Emilio Ayala Martín, acaba de publicar una obra titulada *Industrias rurales* (Edit. Manuel Marín y G. Campos, S. L., Madrid, 1941), donde el autor se ocupa de cuestiones referentes a la ganadería, avicultura, cerdicultura, piscicultura de agua dulce, cunicultura, sericicultura y apicultura. También dedica la atención a las industrias lácteas y no desdena el tratar de la cría y reproducción del perro y el gato como otras tantas fuentes de ingresos.

—Pero, señor maestro, esto ya es un gran interés.

—Sí, en efecto, todo en la vida se hace por un interés; pero si todos los buscáramos en el cielo haríamos de la tierra un paraíso.

Yo no sé si el viejo maestro enseñaría bien la Aritmética o la Geometría; de lo que estoy seguro es de que hacía hombres buenos, y en aquella aldea la palmada, el apretón de manos, seguía siendo la única forma contractual.

L A C A Z A

Los asturianos que cuenten con más de diez lustros recordarán las proezas de *Xuanón de Cabañaquinta*, que con un cuchillo mataba a los osos dejándose abrazar por ellos, y recordarán también que en los meses de julio a septiembre en muchas aldeas no se podía dormir porque los jabalíes bajaban a comer el maíz.

Por dicha, los peligros de las fieras han desaparecido, aunque en los puertos no faltan todavía lobos que asaltan los rediles; pero desaparecieron asimismo los rebecos y la *capra hispánica*, de carne sabrosísima, a medida que fué perfeccionándose el alcance de los rifles.

Las perdices y las codornices son menos numerosas que los cazadores, y el gallo de monte, el real faisán de Muriellos, de irisadas plumas, es *rara avis*.

¿Por qué abandonar esta riqueza?

Las mismas fuinas tienen pieles preciadísimas. Los osos se venden en Noruega antes de matarlos, cuando se pasean libremente por los bosques, y nadie sufre perjuicios, porque se les aísla en parques especiales.

Y no sólo debe respetarse la fauna, sino también la belleza de los cuadros en que vive. ¿Por qué no han de merecer la misma consideración que los monumentos artísticos los paisajes maravillosos?

¿Se puede consentir que cualquiera corte un castañedo, borrando una pincelada, o construya una casa deshaciendo el efecto de una perspectiva?

Hace años se hizo estas reflexiones un ilustre aristócrata asturiano, D. Pedro Pidal y Bernaldo de Quirós, Marqués de Villaviciosa, amante como pocos de nuestras breñas, y trabajó sin descanso hasta arrancar la ley de 7 de diciembre de 1916 y el privilegio de 22 de julio de

1918, convirtiendo todo el macizo de "Peña Santa" en el gran parque nacional de Covadonga (1).

Desgraciadamente, los sueños de Pidal no se realizaron; pero Asturias le deberá siempre gratitud.

LAS PEQUEÑAS INDUSTRIAS

Las pequeñas industrias podrían producir importantes ingresos a la casería. Hay muchas horas que se pierden en las largas noches del invierno, o *lindiando* el ganado en el verano, que podrían aprovecharse. En las orillas portuguesas del Miño las pastoras hacen delicados encajes, y en Suiza se fabrican durante las veladas piezas de relojería y juguetes de madera.

Las pequeñas industrias que existían en Asturias han ido languideciendo y algunas han desaparecido por completo.

De los numerosos talleres familiares de cerámica que había en la provincia apenas quedan vestigios, y todavía a fines del siglo XVIII tenían tal importancia los de Faro, aldeita de las proximidades de Oviedo, que el Concejo de la ciudad, por acuerdo de 21 de julio de 1773, destinó un lugar especial en el mercado para la venta de lo que él llamaba *talavera* de Faro (2).

Hombres beneméritos como D. Mariano Pola quisieron levantarlas, y lograron que se salvaran algunas, como la de los famosos encajes de Luanco.

El Estado creó una Escuela del Trabajo en Cangas de Onís, con el fin de que se perfeccionara y extendiera la fabricación de relojes de Corao. Fué la primera escuela oficial de relojería, y las circunstancias actuales han demostrado bien el beneficio que reportaría, no sólo a Asturias, sino a España entera.

La Diputación de Oviedo, esta Diputación a la que la justicia me

(1) El privilegio se concedió en la ley del Centenario de Covadonga (22 de julio de 1918).

El Reglamento de Parques Nacionales se dictó por Real decreto de 23 de febrero de 1917. Posteriormente se dieron numerosísimas disposiciones, entre las que recordamos la Real orden de 15 de julio de 1927, Real decreto de 26 de julio de 1929, decretos de 7 de junio de 1931, 20 de abril de 1932 y 13 de abril de 1934. Ultimamente, por ley de 4 de junio de 1940, se establece un nuevo régimen.

(2) Vigil: Ob. cit., págs. 442-759.

ha obligado a rendir repetidos elogios, no ha olvidado tampoco este sector y ha creado un organismo especial encargado exclusivamente de reanimar los trabajos de artesanería, consiguiendo ya que no se extingiesen los verdaderamente artísticos de los azabacheros avilesinos.

CULTURA POPULAR

Del enriquecimiento que significa la cultura podría escribirse largamente; pero mi objeto hoy es sólo decir cómo los caseros de Asturias, con sus pobres recursos, atendían, y todavía atienden, a la enseñanza en algunos vericuetos adonde no llega la acción del Estado.

El procedimiento no deja de tener interés para los juristas, por el singular contrato que encierra.

Los instructores se buscan en las ferias de San Miguel de septiembre. Entre los tratantes se destacan grupos donde se pueden escuchar diálogos como el siguiente:

—¿Tú qué sabes?

—Yo sé las cuatro reglas, sé podar un manzano, sé los cuentos de la vieja molinera y la huestía, sé tocar el violín...

—¿Y tú? —dice el primero dirigiéndose a otro.

—Yo sé las cuatro reglas y averiguó cómo cuesta el azumbre si me dicen cómo costó la cántara, sé dos romances y tres cuentos, juego a los bolos y toco el acordeón.

El examen sigue en la misma forma, hasta que los apoderados de los pueblos encuentran un instructor a su gusto; entonces cierran el contrato.

Generalmente, la aldea le ofrece treinta o cuarenta duros y alojarle un día en cada casa, de San Miguel a San Miguel; en cambio, el elegido deberá dar clases a los muchachos todos los días laborables; los festivos tocará el violín o el acordeón en la plaza, y cada noche, después de la cena, recitará los cuentos o los romances a sus huéspedes, a la vera del llar (1).

El sistema será extraño, será raro, podrá calificarse como se quiera, pero no de absurdo.

Eton elige así a sus profesores. Ocurrida una vacante, se abre un

(1) De esta curiosa costumbre ya ha dado cuenta el inspector general de Primera Enseñanza, D. Antonio Juan Onieva, en su artículo "Los maestros babilianos".

concurso, y los solicitantes aducen, con los méritos científicos y literarios, los artísticos y deportivos.

Soy doctor de Cambridge, puede decir un candidato, y agregar a tenor seguido: he ganado un premio con un trabajo sobre Shakespeare; fuí primer violoncelo de la orquesta del King's College y soy campeón de cricket.

La Dirección designa, teniendo en cuenta la mayor utilidad aplicable a los distintos fines del Colegio, y es seguro que entre dos matemáticos, uno excelente jugador de foot-ball y otro superior en ciencia, pero no *sportsman*, no vacilará en nombrar al primero.

Eton huye de *brainys*. Nuestra aldea también huía; pero no se puede mandar a nuestros montañeses que vayan a Eton; resulta un poco caro; antes de la guerra ser alumno de Eton costaba al año algo más de cien mil pesetas.

V

EL GALLO DE PLATA

Portugal concede todos los años un gallo de plata a la aldea más portuguesa de Portugal; es decir, la aldea que, sin desdeñar la bondad de lo nuevo, conserve lo típico popular y lo muestre orgullosa, no lo oculte vergonzosamente como una anticualla.

El gallo de plata es una insignia honorífica que se ostenta en la veleta del campanario y es un premio positivo, porque el Gobierno concede con él lo que el pueblo le pida: un edificio para escuela, un camino, una traída de aguas...

Otras ventajas proporciona que no son despreciables, entre ellas, que la aldea quede en la ruta del turismo.

La costumbre no puede ser más feliz y digna de imitación, sobre todo en Asturias, donde todo lo típico va desapareciendo (1). El siglo XIX hasta terminó con el traje asturiano, adaptado al clima y a las condiciones de la tierra. Todavía he alcanzado a ver en el mercado y en las ferias de Oviedo a algunos aldeanos con la montera picona, calzón corto, abierto en la rodilla, media de lana fuerte, de confección casera, y almadréñas de abedul, el "árbol céltigo, amigo de las aguas fugitivas".

(1) A. Gendín: Ob. cit., pág. 25.

Ahora empiezan a aprender en la aldea, por los cazadores y los ingenieros vestidos a la moda inglesa, la utilidad de la gorra con orejeras, en vez del sombrero, en un país frío, donde apenas se ve el sol; la del calzón corto, que deja libre el juego de las rodillas para subir sin trabas por las montañas, y lo conveniente de la media de lana, que defiende del reuma y de las espinas de los abrojos.

Aún no se han desterrado las almadreñas, que guardan el pie caliente y seco en caminos constantemente húmedos, aunque no falta quien se empeña en sustituirlas con calzado de suela de goma, que se rompe en cuanto se pasa por un sitio pedregoso. Menos mal que empiezan las señoras de la ciudad a usar zapatos de madera.

En nuestra época hasta se va apagando el llar, y "él juntaba en el amor a la familia y sabía de sus dolores y se enteraba de sus júbilos. En las veladas de invierno sus chispas y sus llamas tenían voz y confirmaban las historias que contaban con temor los viejos..."

¡El llar! "A los ojos del hombre primitivo el fuego era el espíritu más grato, el más leal, el más noble, el más amigo, el mejor..." (1).

¡Quién que haya gozado de sus dulzuras no se ha sentido atraído por él!

No dejemos que se oculte prisionero entre las paredes de una cocina bilbaína. ¿Dónde soñar entonces en la casa aldeana?

El llar es el fuego, el fuego es el fumo, el fumo la casería...

Avivemos el llar, que sus llamaradas alegran la aldea; pero el llar bendito, como las hogueras de San Juan.

R. PRIETO BANCES

Valdemora, 24 de agosto de 1941.

(1) Cabal (C.): "Las costumbres asturianas", ob. cit., págs. 24 y 28.

La ejecución procesal en la ley Hipotecaria (*)

IV

LOS PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN

2. Referente a las partes: capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación, poder de postulación.

2. Llegamos ahora al problema de los presupuestos referentes a los sujetos distintos del órgano jurisdiccional, que intervienen en el procedimiento, es decir, a la determinación de las condiciones que han de concurrir en las personas que hayan de tomar parte en él; y que son fundamentalmente la capacidad, la legitimación y el poder de postulación.

a) El primer grado de capacidad necesaria dentro de la esfera procesal civil, está constituida, como se sabe, por la *capacidad para ser parte*. Aptitud requerida para que un ente cualquiera pueda estimarse como verdadero sujeto de derechos y obligaciones, equivale la capacidad para ser parte, estricta categoría procesal, a la capacidad jurídica en general, o mejor dicho, la primera representa una de las concretas aplicaciones de la segunda y viene determinada por las mismas normas que hacen referencia a tal grado de capacidad, con numerosos preceptos de carácter especial que no será preciso indicar ahora. Dentro de nuestra terminología legal, la concesión de la *personalidad*—física o jurídica—es lo que supone el disfrute de dicho grado de capacidad y, consiguientemente—dejando a un lado ahora los casos dudosos—, también la capacidad para ser parte.

(*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

No hay en esto especialidad ninguna con referencia al procedimiento de la ley Hipotecaria: la capacidad para ser parte en un proceso de esta clase se rige por los preceptos generales y no presenta ningún problema que deba ser mencionado aquí.

b) Como tampoco lo presenta la aplicación de las reglas sobre *capacidad procesal*. Consistiendo ésta en la aptitud necesaria para la *realización en general de actos jurídicos con eficacia en el proceso*, su tratamiento legal se asimila (art. 2.^o de la ley de Enjuiciamiento civil) al de la llamada capacidad de obrar que, en la esfera civil, es configurada, de manera no muy sistemática precisamente, en variados y dispersos preceptos del Código. Las normas sobre capacidad procesal rigen también en la ejecución hipotecaria y deberán ser, por tanto, tenidas en cuenta en el procedimiento que analizamos (1).

c) Mucha mayor dificultad hay, por el contrario, en la aclaración de los problemas referentes a la *legitimación*.

Sabido es que para intervenir válidamente en un proceso, no basta con la concurrencia de los dos requisitos antes señalados: capacidad para ser parte y capacidad procesal; es preciso que se cumpla en el sujeto que interviene, una tercera condición: la de hallarse en una relación tal con el objeto concreto del litigio que se plantea, que la ley autorice, en efecto, dicha intervención. No es suficiente, pues, la capacidad procesal que pudiéramos llamar genérica, puesto que se refiere a toda clase de procesos y a ninguno en particular, sino una situación determinada en el caso concreto y contemplada por el derecho positivo como motivo suficiente que justifique la actuación de la persona; este motivo suficiente, puede designarse—prescindiendo de otras posibles denominaciones—con el nombre de *legitimación*.

Ahora bien, ¿quién es legitimado—activa y pasivamente—en el procedimiento para la efectividad de un crédito hipotecario seguido con arreglo a las normas del art. 131 de esta ley? He aquí uno de los puntos más difíciles y susceptibles de confusión en la materia. El texto positivo contiene una serie de preceptos que no son, en modo alguno, precisos ni completos y en sus dispersas normas sobre los sujetos que intervienen en la ejecución carece de una idea definida sobre el papel atribuído a cada uno de ellos, recordando las dificultades de un

(1) La ley Hipotecaria emplea para designar ambos grados de capacidad, como la ley de Enjuiciamiento civil, el término: "personalidad". Véase la regla 3.^a, número 1 del art. 131, cuyo análisis haremos ulteriormente.

mediocre autor dramático que no supiera qué hacer con los personajes que ha sacado en escena, ni cuál es el momento adecuado para su aparición.

El intento de aclarar en lo posible esta confusión ha de tropezar, por consiguiente, con obstáculos de no pequeño volumen: entre otros, el silencio de la ley sobre puntos fundamentales. Veamos, sin embargo, si puede llegarse a una indicación sistemática de las personas legítimadas en un proceso de esta clase.

Cabe hacer, en primer término, una distinción fundamental entre las *partes* y los *interesados*. Partes son, según una concepción corriente (1) la persona que pide y aquella frente a quien se pide la actuación de la ley; interesados serán aquellos otros sujetos que sin instar ni soportar directamente la ejecución, pueden intervenir en ella para defender un interés.

La distinción apuntada no carece de reconocimiento específico en las normas sobre ejecución inmobiliaria. La legislación alemana, v. g., dentro de una denominación común ("Beteiligte") abarca no sólo las "partes", sino también aquellas personas que tienen un derecho inscrito o asegurado por una inscripción ("Realberechtigte"), entre otras (2). Nuestra ley Hipotecaria no la recoge de modo expreso, aunque habla a veces de partes (art. 129) y de interesados (art. 132); pero la jurisprudencia alude a ella directamente. Veamos en concreto qué sujetos deben figurar en una y otra categoría.

a') Como *partes* debemos considerar lógicamente al *acreedor ejecutante* y al *deudor*.

a'') Acreedor ejecutante es la persona que, siendo titular de un derecho de crédito garantizado con hipoteca en cuya escritura de constitución concurren los requisitos señalados en el art. 130, acude al órgano jurisdiccional para obtener la efectividad de dicho crédito. Equivale el término de acreedor en la ejecución al de *actor* o *demandante* en el proceso de cognición (3); pero nuestra ley Hipotecaria no ha llegado a una total sustitución de términos y habla en ocasiones del actor (art. 131), reglas 3.^a, 5.^a, p. 2.^o, 6.^a, etc.) y de *demandante* (reglas 2.^a y 14, íd.), aunque la simple designación de acreedor ("el"

(1) Véase Chiovenda, *Principios*, cits. II, pág. 6.

(2) Parágrafo 9 de la ley sobre subasta y administración forzosa ("Zwangsvorsteigerung und Zwangsvorwaltung") de 1897.

(3) Rosenberg, ob. cit., pág. 592.

acreedor) sea la usada con mayor frecuencia (art. 130, p. 4.^o, 131, reglas 2.^a, 3.^a, 6.^a, p. 2.^o, 10.^a, 11.^a, 12.^a, etc.).

b'') Como *deudor* puede entenderse, en un sentido estricto, el sujeto pasivo de la obligación cuyo cumplimiento se reclama, y así lo será el que debe efectivamente la prestación que el acreedor tiene derecho a exigir. Ahora bien, algunas legislaciones, en la ejecución inmobiliaria suelen designar con el nombre de *deudor* y, por tanto, parte principal a aquel sobre cuyo patrimonio *recae directamente la ejecución*, prescindiendo de que sea o no en el caso concreto el *obligado* en la relación jurídica cuyo incumplimiento da lugar al proceso (1). Esto quiere decir que, dirigiéndose la ejecución contra los bienes objeto de la hipoteca, el que la soporta directamente ("deudor" según la segunda acepción) es el propietario (= poseedor) de dichos bienes, sea o no la persona obligada al pago del crédito que la hipoteca garantiza.

En la mayor parte de los casos, *deudor* y propietario o poseedor de los bienes serán la misma persona y el régimen legal a aplicar no tendrá dificultades. Pero tampoco son raras las hipótesis de lo contrario, porque, en efecto, pueden presentarse casos de dualidad—o pluralidad—de ambas posiciones jurídicas, supuesto que se verifica de modo principal en las hipótesis siguientes:

1.^o Cuando el inmueble hipotecado pasa, después de ser afecto al cumplimiento de una obligación, a persona distinta del primitivo *deudor* (intervención de "tercer poseedor", según la terminología corriente entre nosotros).

2.^o Cuando el hipotecante es persona distinta del *deudor*, es decir, cuando una persona sujeta sus propios bienes al cumplimiento de una obligación contraída por otro.

3.^o Cuando en la escritura de constitución de la hipoteca figuran como *deudores* otras personas además del hipotecante, hipótesis que podría sin dificultad subsumirse en el caso anterior.

¿Cuál es el concepto de *deudor* en el procedimiento de ejecución regulado por la ley Hipotecaria? Tomando al pie de la letra la expresión del art. 129: "la acción hipotecaria podrá ejercitarse *directamente* contra los bienes hipotecados..." pudiera deducirse que el sujeto pasivo de la obligación garantizada ("deudor" en sentido estricto) no

(1) "Deudor (*Schuldner*) es aquel contra quien el procedimiento se dirige..., solamente el propietario del inmueble inscrito en el Registro o sus herederos..." Schönke, "*Zwangsvollstreckung*", citt., pág. 169.

interesa aquí sino en cuanto es al mismo tiempo dueño o poseedor de los bienes hipotecados y que es este dueño o poseedor el primer legitimado pasivamente en la estructura procesal de la ley Hipotecaria. Pero un examen atento de los preceptos que ésta contiene demuestra que ello no es así y que con el término "deudor" indica la ley al obligado personalmente al pago. Ello se debe indudablemente al hecho de no haber distinguido entre la *acción ejecutiva* sobre inmuebles que el acreedor hace valer y la *acción de condena* dirigida al cumplimiento de la obligación, o para decirlo con la terminología todavía dominante, entre la *acción real* y la *acción personal* que de un crédito garantizado con hipoteca puede surgir.

Por consiguiente, el deudor (= sujeto pasivo de la obligación) está legitimado pasivamente para intervenir en el procedimiento. Numerosas disposiciones de la ley Hipotecaria hacen referencia a él, distinguéndolo explícitamente del posible "tercer poseedor". Así, la regla 3.^a, número 3.^a, del artículo 131 (1), regla 7.^a (2), artículo 132 (3), etc. Sin embargo, la posición del dueño de los bienes hipotecados y el hecho de que sea él quien soporta directamente la ejecución obliga a considerarlo forzosamente como algo más que un simple interesado; y efectivamente no es, a mi juicio, difícil probar que él tiene en todo el carácter de *parte* en el proceso.

Para demostrarlo, veamos el tratamiento legal en nuestro derecho positivo de los casos en que el dueño o poseedor de los bienes es persona distinta del deudor. De las tres hipótesis antes indicadas estudiaremos solamente las dos primeras, ya que lógicamente se incluye la última de ellas en la señalada en segundo lugar.

a'') Tenemos que estudiar, por tanto, en primer término la figura procesal del *tercer poseedor*. Ya sabemos que este nombre es demasiado restringido para que dé una idea clara de la posición jurídica a que se refiere. El *tercer poseedor* no es, en la mayor parte de los casos, quien posee meramente los bienes, sino quien tiene también sobre ellos un derecho de propiedad (4). Ahora bien, caben dos concepciones distintas en torno a este problema: suponer que el *tercer poseedor* es

(1) ... "haberse requerido de pago... al deudor y también al *tercer poseedor* de las fincas..."

(2) ... "se procederá a instancia del actor, del *deudor* o del *tercer poseedor*..."

(3) "El procedimiento... no se suspenderá por la muerte del *deudor* o del *tercer poseedor*."

(4) Y asimismo el titular de un derecho de usufructo de nuda propiedad de

verdaderamente parte en el procedimiento de la ley Hipotecaria o negarle este carácter y colocarlo al lado de los acreedores que intervienen, como un simple interesado. La segunda de estas opiniones ha sido defendida por López de Haro (C.) en un artículo publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1) con el título: "El tercer poseedor de finca hipotecada".

Dice López de Haro (2) que el tercer poseedor es "ajeno al *procedimiento como parte*", un mero acreedor como los demás. Se funda para ello principalmente en el hecho de que en el procedimiento judicial sumario, a diferencia de lo que ocurre en el juicio ordinario ejecutivo, no tiene el tercer poseedor la facultad de desamparar los bienes hipotecados (que concede en el segundo caso el art. 126 de la ley Hipotecaria). Pero se comprende fácilmente que este derecho de desamparo, de discutida y oscura naturaleza jurídica, no constituye por sí solo una facultad de índole *procesal* tan inseparable de la noción de parte que, con su ausencia, sea imposible dar este carácter a un sujeto de los que intervienen en el proceso.

Por el contrario, examinando la terminología y el contenido de los preceptos legales, creo que puede llegarse a una solución contraria a la sostenida por López de Haro. Para la ley, en efecto, el tercer poseedor es algo distinto de un simple interesado y en algunas ocasiones alude sucesiva y conjuntamente a ambos, lo que no tendría razón de ser si la figura de aquél debiera subsumirse en la de éste. Así, el artículo 132 dice: "el procedimiento sumario que establece el artículo precedente no se suspenderá por la muerte del deudor o tercer poseedor... ni por medio de incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado...", etc. (3).

Pero puede darse una razón más convincente observando las facultades que corresponden al deudor y que no tienen los simples acreedores interesados; esta comparación nos dirá, en efecto, qué fun-

ensiteusis, a tenor del párrafo 2.^o del art. 134, "se considerará también como tercer poseedor el que hubiere adquirido solamente el usufructo o el dominio útil, o bien la propiedad o el dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo.

(1) Abril de 1931.

(2) Ob. cit., pág. 359.

(3) El párrafo 10 de este artículo parece calificar al tercer poseedor como interesado; pero al incluir en esta rúbrica al deudor también, claro está que hace referencia a un concepto amplio de "interesado" y no al restringido, que lo opone a la figura de parte en el proceso.

ción concreta desempeña en el proceso la parte (deudor) que la diferencia de los sujetos que no tienen este carácter.

Siguiendo tal criterio, nos encontramos con los siguientes preceptos específicos que marcan un distinto trato entre deudor e interesados.

1.^º El deudor debe ser requerido de pago antes de comenzar el procedimiento o bien lo hará el Juez al iniciarse éste, subsanando un posible defecto (art. 131, regla 3.^a, núms. 3.^º y 4.^º). En cambio, los acreedores *no preferentes* (ya que, como se sabe, los *preferentes* no intervienen) (1), no son requeridos, sino que se les notifica la existencia del procedimiento a los efectos que marca la regla 5.^a de este mismo artículo 131.

2.^º El deudor—y el ejecutante también—pueden instar la subasta de la finca y no los simples acreedores interesados: art. 131, regla 7.^a.

3.^º El ejecutante y el deudor pueden pedir que en caso de no consignarse por el postor el precio del remate, se declare éste sin efecto y se reproduzca la subasta celebrada, facultad que no corresponde a los otros acreedores que intervienen: regla 15.^a, párrafo 2.^º (2).

4.^º El art. 132 establece expresamente que el procedimiento “*sumario*” no se suspende por la muerte del deudor, ni por caer en quiebra ni en concurso de acreedores. Esta declaración no se hace por la ley con referencia a los acreedores interesados sin duda por creerla innecesaria.

Veamos cómo los preceptos apuntados se aplican también al tercer poseedor, marcando una identidad de trato legal que no puede por menos de reflejarse en la posición procesal de aquél.

1.^º El tercer poseedor debe ser requerido de pago en los mismos términos que el deudor: regla 3.^a, núm. 3.^º; “acta notarial de haberse requerido de pago con diez días de antelación, cuando menos al deudor y también al tercer poseedor de las fincas”... (3).

2.^º También puede el tercer poseedor, junto con el acreedor ejer-

(1) Sobre este punto, véase infra.

(2) Régimen distinto es el aplicable en el caso de que sea el mismo acreedor ejecutante el rematante o adjudicatario, ya que entonces puede celebrarse la subasta posterior o las posteriores “a instancia de cualquier interesado” (regla 15.^a, párrafo 3.^º).

(3) Podría objetarse que este precepto se refiere tan sólo al tercer poseedor “que hubiere acreditado al acreedor la adquisición del inmueble”, y que a los demás únicamente se les notifica la existencia del procedimiento (regla 5.^a, párrafo 1.^º) como a los acreedores interesados. Pero es que en este caso, la notificación equivale al requerimiento, según acertadamente hace notar Morell “Comentarios”, cits., pág. 118.

cutante y el deudor, instar la subasta de la finca. Regla 7.^a: "...se procederá, a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor a la subasta de la finca".

3.^o Igualmente le está permitido pedir la declaración de la subasta en quiebra y su nueva celebración. Regla 15.^a, párrafo 2.^o: "...a instancia del actor o del deudor o del tercer poseedor" ...

4.^o Se indica asimismo en el art. 132 que su muerte o la declaración de quiebra o concurso no suspenderá el procedimiento.

5.^o Incluso hay una facultad que, según el texto literal de la ley, está atribuída al dueño de los bienes y no al deudor en quien no concorra esta condición. Tal es la posibilidad de mejorar la postura hecha en tercera subasta cuando sea inferior al tipo de la segunda: regla 12.^a de este mismo artículo 131.

Por último, si necesitásemos una nueva prueba de la identidad de posición procesal del deudor y del tercer poseedor, la encontrariamos en el art. 134 donde se establece la sustitución del primero por el segundo en los términos siguientes: "Si antes de que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada, pasare ésta a manos de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la escribaría, y el Juez lo acordará sin paralizar el curso del expediente, entendiéndose con él las diligencias ulteriores, como subrogado en el lugar del deudor." Aquí se ve claro, por tanto, que la figura del tercer poseedor es de una verdadera parte, lo mismo que el deudor cuando interviene (1). De igual modo, el párrafo 2.^o de este artículo coloca al tercer poseedor al lado del deudor cuando aquél haya adquirido solamente el usufructo o el dominio útil de la finca hipotecada, o bien la propiedad o el dominio directo, quedando en éste el derecho correlativo: en tal caso, en efecto, "se entenderán con ambos las diligencias del juicio".

b") Estudiemos ahora la posición que ocupa en el proceso el *hipotecante* de los bienes ejecutados *cuando éste no es el mismo deudor*. Según lo anteriormente expuesto, debemos considerarlo asimismo como *parte*, dada su condición de dueño de las fincas sobre que el procedimiento recae.

(1) ¿Por qué en el caso de este precepto cesa la intervención del deudor, y no, en cambio, cuando la figura del tercer poseedor existe "ab initio"? Esta anomalía legal únicamente podría explicarse suponiendo que en ningún caso en que haya tercer poseedor está el deudor legitimado para intervenir, lo que, dados los términos de nuestra ley, podemos considerar como dudoso por lo menos.

La ley Hipotecaria no alude expresamente a esta figura específica ni contiene ningún precepto que pueda arrojar luz sobre el problema. Sin embargo, en los antecedentes de la reforma de 1909, podemos encontrar datos de interés en este punto. Uno de los que intervinieron en la discusión, Blanco Rajov, hizo notar el olvido en que incurría el texto proyectado, y por la Comisión, Lastres declaró que en caso de existir esta persona, el régimen señalado en la ley para el deudor debía ser considerado asimismo de aplicación con respecto a él. Ahora bien, precisamente los puntos discutidos se refieren a normas que rigen en relación con el deudor = parte en el procedimiento y no con los acreedores = interesados. Uno de estos puntos es la necesidad de que conste el domicilio del hipotecante para cumplir el precepto del artículo 130 de la ley Hipotecaria; otro, el de que dicho hipotecante debe ser requerido de pago, del mismo modo que el deudor y el tercer poseedor en su caso (1).

Del hecho de que en la discusión parlamentaria se haya afirmado la vigencia de estos preceptos para el hipotecante no deudor, puede deducirse sin dificultad que éste es propiamente, aunque la ley no lo mencione de modo expreso, *parte* en el procedimiento. Con ello queda confirmada la tesis expuesta al comienzo de éstas consideraciones de que en todo caso el dueño de los bienes ocupa en la ejecución hipotecaria un papel superior al de simple interesado, lo que está de acuerdo, además, con la íntima relación existente entre él y el objeto material de la expropiación; tal relación íntima, en efecto, no puede por menos de trascender al plano procesal en que dentro de la ejecución se colocan los derechos y obligaciones de tipo material de los diversos sujetos que intervienen.

b') Puesto que hemos dado ya una idea de quiénes son parte en el procedimiento analizado, estudiemos ahora la figura procesal de quienes intervienen en él como *interesados*. Una primera noción genérica de éstos podemos obtenerla por vía de eliminación, considerando en consecuencia como tal interesado a todo aquel que estando legitimado para intervenir no disfruta, sin embargo, de las facultades que la ley otorga a los principales sujetos del proceso.

La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros ha tratado de hallar el concepto de interesados, consciente del valor práctico

(1) En el mismo sentido, Morell, ob. y tomo cits., pág. 99.

que el hallazgo de una fórmula de este tipo supone para la solución de numerosos casos concretos. Así, en la resolución fundamental de 6 de noviembre de 1933 (1) se nos dice que *interesados* son "abstracción hecha de las partes a quienes corresponde la iniciativa, dirección y defensa, sólo aquellos que al tiempo de extenderse la nota marginal de haberse incoado las actuaciones, que dispone el párrafo penúltimo de la regla 4.^a del art. 131, tengan un derecho inscrito o asegurado por un asiento que contradiga la ejecución o haya de quedar extinguido por la misma".

Analizando esta definición, encontramos en su primer inciso la eliminación del concepto de partes a que antes nos referimos (2) y luego una definición que recoge los elementos siguientes, para formar el concepto de interesado:

1.^o La titularidad de un derecho con constancia en el Registro que esté en tal relación con aquél en virtud del cual se procede a la ejecución que o bien niegue la existencia de este segundo (v. g., una inscripción de dominio a favor de persona distinta del hipotecante anterior a la inscripción del crédito del actor) o bien haya de quedar afectada jurídicamente por la ejecución incoada (v. g., una hipoteca posterior). El acierto de la fórmula jurisprudencial está, en este caso, en conceder el carácter de interesado a todo titular de un derecho que se halle en tales condiciones y no únicamente al titular de un derecho de crédito, superando así la estrecha dicción de la ley que habla tan sólo de notificación (regla 5.^a, párrafo 2.^a) "a los acreedores", término que indudablemente no abarca a todos los interesados que en una ejecución hipotecaria están legitimados para intervenir.

2.^o El segundo elemento de la definición viene constituido por una limitación del anterior enunciado: los derechos de que se trata deben constar en el Registro no con posterioridad a la extensión de la nota marginal a que se refiere la regla 4.^a del art. 131. Ahora bien, como más adelante veremos, si esto es cierto por lo que respecta al régimen de notificaciones, no puede decirse lo mismo en cuanto a toda

(1) Véase también la de 3 de diciembre de 1925.

(2) La designación de las facultades de las partes como de iniciativa, dirección y defensa, exacta en términos generales, no lo es tanto si pensamos que, por un lado, la *defensa*—en la medida acordada por la ley—comprende a todos los sujetos que intervienen; es decir, también a los interesados, y de otro, que el atribuirles la *dirección* del proceso supone colocarse en un punto de vista de predominio del principio dispositivo que, por lo menos, "ex lege ferenda", no debe continuar indiscutido.

intervención en el proceso de los sujetos que se encuentran en este caso.

La idea fundamental, aunque insuficiente, del concepto de interesando la tenemos, por tanto, en la titularidad de un derecho que se oponga o esté afecto a las resultas de la ejecución hipotecaria. Y con objeto de determinar de la serie de derechos que pueden recaer sobre la finca ejecutada, cuáles de ellos legitiman procesalmente a sus titulares y cuáles no, es preciso examinar la relación en que se encuentran con el crédito hipotecario cuya actuación se pide. En este sentido cabe establecer una triple división de aquellos derechos según que se trate de:

a'') Titulares de un derecho inscrito o asegurado *con anterioridad* a la hipoteca que garantiza el crédito del actor.

b'') Titulares de un derecho inscrito o asegurado *con posterioridad* a dicha hipoteca y *antes* de la extensión de la nota marginal que expresa la existencia de un procedimiento de ejecución.

c'') Titulares de un derecho inscrito o asegurado *con posterioridad* a la extensión de tal nota marginal.

a'') La ley Hipotecaria dice expresamente en el art. 131, regla 5.^a, párrafo 2.^o, que "cuando de la... certificación aparezca alguna carga o derecho real *constituido con posterioridad* a la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se notificará también para los efectos indicados en el párrafo anterior (intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte asegurada con la hipoteca) la existencia del procedimiento a los acreedores *que se hallen en ese caso*". De la notificación quedan, pues, excluidos los titulares de carga o derecho real constituido *con anterioridad* a la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito del ejecutante.

La razón de que no intervengan en el procedimiento los acreedores anteriores debe buscarse en el hecho de que ellos no sufren a consecuencia de la ejecución perjuicio jurídico alguno, puesto que sus derechos han de hacerse efectivos antes que los del acreedor que instó la ejecución. No es ésta una peculiaridad del régimen de subsistencia de las cargas anteriores que establece la ley Hipotecaria derogando lo preceptuado en la de Enjuiciamiento civil, puesto que también en ésta, inspirada en el sistema contrario, la ejecución es notificada tan sólo a los acreedores posteriores (1).

(1) Art. 1.490: "Si de la certificación del Registro de la Propiedad resultaren

Pero si la idea de la ley parece clara, su expresión es censurable, sin embargo, porque la simple idea de prioridad cronológica que recoge ("antes" o "después" de la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito del actor) no es adecuada para designar en todo caso a un derecho *preferente* a aquel por el que se inicia la ejecución (1). Cabe suponer el caso de un derecho asegurado registralmente con anterioridad a un crédito hipotecario y que, sin embargo, no sea preferente a él, debiendo quedar, en consecuencia, afecto a las resultas de la ejecución, del mismo modo que el titular de un derecho de crédito posterior. Lo que interesa aquí no es, por tanto, la prioridad *en el tiempo* de los derechos que consten en el Registro con referencia a la hipoteca del actor, sino el hecho de que sean o no *preferentes* a ella. En este sentido debemos excluir del concepto de interesados en el proceso que estudiamos no tanto a los acreedores (== titulares de un derecho) *anteriores* como a los *preferentes* (2).

b'') Por la misma razón, la intervención en la ejecución hipotecaria de los acreedores *posteriores* (regla 5.^a, párrafo 2.^o), debe entenderse como intervención de los *no preferentes*. Substituído así el concepto legal, no parece dudoso que el criterio del derecho positivo debe ser aceptado en cuanto a la admisibilidad de que los titulares de un derecho que se hallen en este caso, figuren procesalmente como interesados. Los acreedores no preferentes pueden quedar, en efecto, desposeídos de medios para hacer efectivos sus créditos si una subasta cuyo resultado afecta tan decisivamente a sus derechos como para originar su cancelación y extinción, es susceptible de celebrarse legalmente prescindiendo de toda intervención de su parte. Para evitarlo, la ley no sólo legitima a los titulares de un derecho que se hallen en tales condiciones, sino que preceptúa la notificación del procedimiento a estos interesados. La disposición legal ha sido criticada por Lozano (3), quien ve el perjuicio que a un acreedor puede originar un deudor de

gravados los bienes en *segundas o posteriores* hipotecas no canceladas, se hará saber a los acreedores que se hallan en este caso el estado de la ejecución, para que intervengan en el avalúo y subasta de los bienes, si les conviniere."

(1) En contra, Bugallal.

(2) En el mismo sentido, la doctrina hipotecaria dominante: v. Beraud y Lezón, *Tratado de Derecho inmobiliario*, 1926, quienes califican esta construcción de la ley como un "defecto grave".

(3) "Particularidades del procedimiento sumario del art. 131 de la ley Hipotecaria cuando existen varios créditos sobre una misma finca" en *Revista de Derecho Privado*, junio de 1918.

mala fe con sólo multiplicar artificialmente el número de acreedores posteriores y aumentar de este modo las notificaciones necesarias y las consiguientes costas judiciales; pero no parece que el peligro tenga la entidad suficiente como para eliminar la intervención de los interesados, intervención que viene dictada por reglas de equidad (1).

c") Ultimamente, queda por examinar la posición procesal de aquellos titulares de un derecho inscrito o asegurado registralmente con posterioridad a la nota marginal que debe extender el Registrador a tenor de la regla 4.^a del art. 131 y expresiva de la fecha de la certificación y de la existencia del procedimiento. Con arreglo a la dirección antes citada, los que se hallen en este caso no deben considerarse como "interesados", y legitimados, en consecuencia, para intervenir en la ejecución.

Este criterio no es discutible aplicado al supuesto concreto de la notificación; a diferencia de los acreedores encuadrados en el grupo anterior, los que acudan al Registro con posterioridad a la nota de que tratamos, *no deben ser notificados*. No solamente se deduce esto de la interpretación "a sensu contrario" de la regla 5.^a del art. 131, sino que incluso un precepto expreso lo ordena especialmente; tal precepto es el art. 204, núm. 2.^o del reglamento hipotecario, según el cual: "la notificación ordenada en el párrafo 2.^o de la regla 5.^a del art. 131 no será necesaria respecto a las personas que hayan inscrito, anotado o presentado en el Diario los títulos justificativos de su derecho con posterioridad a la extensión de la nota marginal que dispone el párrafo penúltimo de la regla 4.^a y que, por tanto, no pudieron ser mencionados en la certificación del Registro". De acuerdo con estas disposiciones, la Dirección General de los Registros (resolución de 3 de di-

(1) Dentro de este grupo han de incluirse los acreedores que han obtenido una *anotación preventiva* en el Registro. Esto se deduce, no sólo del texto de la ley (que emplea en el párrafo 2.^o de la regla 5.^a el término de "cargas"), sino, lo que es más convincente, del criterio de la jurisprudencia reiteradamente afirmada en esta dirección. Así, la Resolución de 12 de noviembre de 1934, donde se declara expresamente que en el procedimiento judicial sumario, a diferencia de lo que ocurre en la ejecución ordinaria, hay que notificar a los acreedores personales posteriores que han obtenido anotación de embargo, y la Resolución de 3 de diciembre de 1925, en que se repite que deben ser notificados los interesados en anotaciones de embargo practicadas con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor. *Quid* en el caso de que en alguna anotación preventiva no se indique un titular individualizado? La *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en respuesta a una consulta que plantea este problema, se pronuncia en favor de la procedencia de la notificación por edictos (tomo CXLIII, págs. 415 y ss.).

ciembre de 1933) niega la necesidad de notificación a los acreedores posteriores a la nota, aunque sea la Hacienda pública (1).

Pero de los preceptos legales no puede desprenderse sin más una prohibición de intervención a los acreedores que se hallen en este caso y que quieran acudir al procedimiento, aunque no hayan sido notificados, puesto que el problema de la necesidad o no de una comunicación sobre la existencia del proceso es distinto del de la legitimidad de los titulares de algún derecho posterior en el Registro. La solución permisiva en tal caso pudiera venir fundada en una interpretación amplia del art. 134 que admite la venida al proceso del tercer poseedor que adquiera la finca "antes de que el acreedor haga efectivo el derecho sobre ella" (2); pero no hay que ocultar que probablemente el espíritu de la jurisprudencia se muestra contrario a dicha solución.

d) Por último, en lo que respecta a la *postulación y defensa técnica procesales*, la ley Hipotecaria se inspira en un criterio permisivo que autoriza a las partes—o interesados—a comparecer por sí mismos y a no valerse, si no quieren, de Abogado. Así dice el núm. 1.^º de la regla 3.^a del art. 131 que se acompañará al escrito inicial, los documentos que acrediten el mandato del Procurador cuando no gestione por sí mismo el acreedor o quien por ministerio de la ley le represente. Será potestativo en el actor valerse de Letrado; criterio que responde a un espíritu más moderno ciertamente que el que inspira a nuestra ley de Enjuiciamiento y que paulatina y fragmentariamente viene rectificándose en la ulterior progresión legislativa.

JAIME GUASP

(1) Critica los preceptos legales en este punto Azpitarte (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio de 1929, "Crónica de la Jurisprudencia"). y afirma que el que inscribe con posterioridad a la nota marginal, debería también ser notificado.

(2) Defienden este criterio Beraud y Lezón, ob. cit.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1941.—Competencia.

Resulta evidente que la entrega de la mercancía contratada había de tener lugar, y lo tuvo en efecto, respecto de la parte remitida, en la ciudad de Albacete, mediante el endoso de los talones por la casa vendedora a la entidad compradora, y, por tanto, que el conocimiento de la demanda base del juicio corresponde al Juzgado de Albacete, con arreglo a lo establecido en la regla 1.^a del artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que se trata del ejercicio de una acción personal en reclamación de la entrega de una mercancía que debía ser entregada en su jurisdicción, sin que a ello obste la jurisprudencia de esta Sala de que las mercancías facturadas a porte debido viajan de cuenta y riesgo del comprador y se suponen entregadas en el lugar de la facturación, pues eso tiene efecto cuando la facturación se hace a consignación del comprador, pero no cuando, como sucede en el caso de autos, se consigna a nombre del propio vendedor, pues entonces dicho vendedor no se desprende de la mercancía ni tiene lugar la entrega al comprador hasta que éste se hace cargo de ella en el punto de destino mediante la tradición simbólica que representa el endoso de los talones de ferrocarril.

SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1941.—Recurso de casación por quebrantamiento de forma.

En los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos por doña J. B. contra el Excmo. Sr. Fiscal sobre reconocimiento de hijo natural, el Ministerio Fiscal ha interpuesto un recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, invocando la infracción del principio jurídico de que "nadie puede ser privado de sus derechos y acciones sin previa audiencia y vencimiento en el juicio", infracción consistente en el hecho de no haber sido emplazados ni citados en el juicio los hijos legítimos del supuesto padre, perjudicados, sin embargo, por la sentencia recaída, favorable a la actora. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso por no tratarse de un vicio *in judicando*, sino de un vicio *in procedendo*, previsto por el número 1.^º del artículo 1.693 de la ley de Enjuiciamiento civil y por proceder, por tanto, un recurso por quebrantamiento de forma.

SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1941.—Competencia.

La sumisión expresa o prorrogação a determinado Tribunal implica un convenio entre las partes, que, consiguientemente, no puede en principio ser

modificado ni revocado sino en virtud de un acuerdo de las mismas; y si bien la doctrina de esta Sala ha admitido en determinadas hipótesis la posibilidad legal de la renuncia al *forum contractus*, deducible del hecho de acudir el actor con su demanda a Juzgado distinto, ante el cual quedó establecida la relación jurídica procesal por la contestación o actuación en cuanto al fondo, aunque con posterioridad se desista de la demanda, o inferida en general como se dice en sentencia de este Tribunal de 22 de marzo de 1934, de actos o gestiones indubitados que acreden en el actor la resuelta voluntad de desprenderse de la facultad jurídica subjetiva que para él pueda representar el fuero pactado, es indudable que tales supuestos no concurren en el caso actual, toda vez que la Compañía de Seguros "Fides", al presentar ante el Juzgado de Pozuelo de Alarcón su anterior demanda, de la cual desistió antes de que se realizasen actuaciones que afectasen al fondo del litigio, no sostuvo ni continuó el juicio iniciado con su demanda ni consiguientemente emitió una declaración de voluntad tácita o expresa que pudiera ser estimada como negocio jurídico procesal ni demostró una decidida y persistente voluntad de renunciar a su fuero.

SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1941.—*Carga de prueba.*

Las sentencias de 3-VI-1935 y 7-XI-1940 han distinguido claramente entre los hechos propiamente integrantes de un medio autónomo de defensa, cuya cumplida justificación incumbe al que los utiliza en su provecho, ya como actor, ya como demandado, y la simple negativa que una parte opone a las alegaciones de la otra; lo que, con singular aplicación al caso de autos, quiere decir que, una vez demostrado por la demandante que el asegurado murió por obra de una agresión violenta (hecho constitutivo del derecho que reclama), correspondía a la entidad demandada la probanza—que no realizó—del hecho obstáculo o impediente; en ese caso, la relación directa o inmediata de la agresión con la commoción revolucionaria; sin que tampoco pueda sostenerse que por virtud de un pacto contenido en la misma póliza hubiese de pechar el actor con la carga de probar esa circunstancia, trascendental para los fines de la oposición, porque, aparte de ser doctrinalmente recusable la tesis de la inversión convencional de la prueba, porque cohibe la actividad judicial, que ha de ejercitarse con arreglo a normas legales y según los principios rectores de un determinado sistema procesal, y no según la voluntad de las partes, no es eso lo que dice la cláusula que se invoca.

SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1941.—*Tercería de mejor derecho.*

La entidad recurrente funda su pretensión de mejor derecho en que, teniendo las pólizas intervenidas por Corredor colegiado el mismo valor que las escrituras públicas, hay que atenerse para determinar la preferencia de los créditos a la mayor antigüedad de los documentos que los acreditan en relación a otros de igual clase o a las sentencias de remate, en observancia del artículo 1.924, número 3.º, del Código civil. Pero debe tenerse en cuenta que el número 3.º del artículo 1.924 invocado se refiere expresamente a los créditos que consten en los documentos que allí se señalan, y es manifiesto que en la póliza que es base del presente recurso no consta el crédito que se pretende preferente, pues este crédito no nace de la mera apertura de la cuenta corriente

a favor de T. B., sino de las entregas que efectivamente le hiciera el Banco Popular de los Previsores del Porvenir, entregas que no se determinaron ni podían determinarse en dicha póliza, porque lo que constituye en deudor al cuentacorrentista no es la apertura de la cuenta corriente, sino el saldo, y este saldo no se fija por el Banco acreedor, según lo que aparece de los autos, hasta el día 9 de diciembre de 1932, siendo imposible que un documento haga constancia de un crédito que al otorgarse no existía y cuya existencia dependía de hechos futuros y eventuales que, de producirse, habían de determinar su cuantía.

SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1941.—*Artículo 487, número 2.º, ley de Enjuiciamiento civil.*

El primer motivo encaminado a que se case el laudo invoca la necesidad del juicio de testamentaría con intervención del Ministerio Fiscal, por estar interesado en la partición de la herencia un incapacitado que no tenía padres. Este motivo es improcedente porque, si bien es cierto que el número 2.º del artículo 487 de la ley rituaria previene que no podrán ser sometidas al juicio de amigables componedores las cuestiones que con arreglo a las leyes debe intervenir el Ministerio Fiscal, y que el artículo 1.041 previene que será necesario el juicio de testamentaría en los casos en que el Juez debe prevenirlo de oficio y que uno de esos casos será cuando los herederos o cualquiera de ellos sean menores o incapacitados, a no ser que estén representados por sus padres, no lo es menos que los artículos 1.059 y 1.060 prescriben que en el juicio de testamentaría se citará al Ministerio Fiscal para que represente a los interesados que sean menores e incapacitados que no tengan representación legítima, y que cesará la representación del Fiscal respecto a los menores e incapacitados luego que sean habilitados de tutor; y como este caso es precisamente el de autos, resulta indiscutible que la partición llevada a cabo no tenía que estar intervenida por el Ministerio Fiscal, y, por tanto, no es cuestión comprendida en el número 2.º del artículo 487.

SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1941.—*Concepto de parte procesal.*

El Tribunal de instancia, después de afirmar que la Sociedad "Fred Olsen Line" no fué emplazada ni figura como parte en el pleito, a pesar de solicitarse para la misma un pronunciamiento de condena, decide que no procede hacer contra ella declaración alguna de responsabilidad civil. El recurso invoca los artículos 286 y 287 del Código mercantil. Pero cualquiera que sea el criterio interpretativo que se adopte respecto del alcance de estos artículos y de su aplicabilidad a los contratos que celebren los consignatarios de buques en representación de los navieros, en ningún caso es sostenible que autoricen la sustitución dicha, porque a lo que faculta el 287 es a dirigir la acción contra el factor o contra el principal disyuntivamente, pero no accionar contra el último, demandando al primero; y al desconocer esto es confundir la acción procesal con la civil o sustantiva. Además, hay que tener en cuenta que el incumplimiento del artículo 503 de la ley de Enjuiciamiento civil, en que implícitamente queda reconocida la posibilidad de actuar en juicio en representación y por sustitución de uno de los sujetos de la relación procesal, siempre que no pueda ser objeto de una excepción y afecte a alguno de los presupuestos

procesales, han de apreciarlo de oficio los Tribunales en momento oportuno, porque éstos no pueden resolver una relación jurídica a la que falten condiciones de validez, como son aquellas en que el sujeto pasivo de la acción procesal no figure en el pleito por haberse pretendido o intentado su sustitución indebidamente.

SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1941.—*Ley de suspensión de pagos.*

El caso de autos gira en torno de dos problemas: primero, el papel de los interventores después del convenio, y segundo, la repercusión del convenio en el juicio de responsabilidad.

I. El Tribunal Supremo da por terminada la misión de los interventores después del convenio, a causa de las siguientes razones: *a)* La terminante prescripción de la ley misma, que no sólo impone el cese de los interventores cuando el convenio adquiere firmeza, sino que atribuye en ese momento a los acreedores, y no al Juez, la facultad de mantenerlos, y aun la de sustituirllos por otros que, en interés de la masa, ejercitan las acciones procedentes. *b)* La consideración de que la protección del público interés en el juicio de responsabilidad no padece con la ausencia del interventor cesante, puesto que por él vela no sólo el Ministerio público, sino los propios Tribunales llamados a preparar el esclarecimiento de las responsabilidades por razón de un delito, aunque sus declaraciones, en cierto modo provisionales, no prejuzguen la decisión que a su tiempo pueda adoptar el Tribunal de lo criminal. *c)* El absurdo que implicaría la eventual convivencia de los interventores nombrados por la autoridad judicial y los que, en uso de sus facultades, nombren los acreedores, con la subsiguiente posibilidad de coordinar las funciones de unos y otros, por razón del diverso origen de sus poderes; y *d)* La evidente inconsecuencia que supondría una intervención que, además de innecesaria, está vedada por la ley y rechazada por los acreedores, obligando, sin embargo, a éstos a sufragar unos gastos en los que sólo debe incurrir el acreedor que por uno u otro motivo se crea en el caso de intervenir en el juicio de responsabilidades en concurrencia con el Ministerio Fiscal.

II. La tesis del recurrente declara inadmisible la calificación después de existir un convenio. El Tribunal Supremo, sin embargo, llega a rechazar dicha opinión. Se olvida que semejante tesis, que no dejaría de tener valor dialéctico si el sistema de la ley española vigente hubiera sido fiel al concepto clásico de la quiebra, que reserva esta denominación para los supuestos de un efectivo y real desnivel o déficit entre el activo y el pasivo e impide llegar al convenio hasta que la calificación está hecha, falla en el caso de suspensión de pagos regulada por la ley de 26 de julio de 1922 que, según autorizados pareceres y prescindiendo de los motivos que determinaron su promulgación, pretendía coordinar la depuración de las causas de insolvencia, designio obediente a la defensa del interés público, con la posibilidad de ofrecer al quebrado posibilidades de rehabilitación y a los acreedores medios de reparar totalmente o en la mayor proporción su quebranto económico, sin aumentarlo con los dispendios o dilaciones de un procedimiento complicado y costoso; y por obra de esa concepción, el último párrafo del artículo 20 cuidó de declarar que la resolución recaída en el juicio de responsabilidad ni impedía ni prejuzgaba el ejercicio de las acciones de índole criminal, añadiendo que los fallos que en su día se dictasen respetarían el convenio, salvo un supuesto excepcional que en el caso

presente no se da, o lo que es lo mismo, la norma legal, consecuente con su propósito inspirador, hizo posible la subsistencia del juicio encaminado a la exigencia de responsabilidades (trazado en contemplación de un interés público y, como tal, no influído por el principio dispositivo), con la posibilidad de establecer un convenio y de mantenerlo, cualquiera que fuesen las derivaciones del juicio penal (con la vista puesta en el interés de los acreedores y el mismo provecho del suspenso), y reservó la calificación de insolvencia definitiva para el supuesto que se comprobase un déficit, suspendiendo su efecto fundamental, que es precisamente el de hacer posible la iniciación del juicio de responsabilidad (art. 10) por el plazo de quince días a que alude el artículo 8.^º, y sólo con el fin de intentar que un afianzamiento o consignación, hechos precisamente en este plazo de tiempo, evitasen la confirmación del auto de la insolvencia, preceptiva si esa exigencia no se cumple dentro del término establecido, derivándose de esta argumentación la conclusión única y perfectamente legítima de que la Sala obró con acierto al declarar firme y ejecutoria para los efectos de tramitación del juicio de responsabilidad la resolución por la que se declaró la insolvencia definitiva, sin que el hecho de haberse concertado después un convenio obste a la declaración de fortuidad, culpabilidad o fraudulencia de la suspensión, ni tenga otra repercusión que la puramente económica de asegurar según los términos del concierto el interés de los acreedores, materia que, por ser puramente privada, permite el amplio juego del principio de disposición y obliga respetar los pactos que libremente se convengan.

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1941.—*Desahucio.*

Esta sentencia admite el juicio de desahucio contra un precarista, puesto que si el arrendatario tiene acción contra el subarrendatario (sentencias de 8-VI-1885 y 8-V-1911), con mayor razón la tendrá contra el precarista.

SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1941.—*Defensa por pobre.*

Si bien los auxilios prestados en cumplimiento de una obligación legal de alimentar deben ser tenidos en cuenta para apreciar, atendida su importancia, si puede o no quien los percibe litigar en concepto de pobre, no es de aplicación esta doctrina a los que por su carácter gracioso, voluntario y esencialmente revocable, no son susceptibles de servir de base en juicio para determinar la situación del litigante.

SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1941.—*Quebrantamiento de forma.*

Habiéndose hecho la última notificación de la sentencia a las partes con fecha 15-X-1935, con esa misma fecha presentó el Procurador a quien se hizo un escrito por el cual solicitaba la suspensión del trámite, que el Juez propietario acordó por un proveído del siguiente día, sin que contra su resolución recurriese ninguno de los litigantes. En ese estado de inactividad procesal continuaron los autos, hasta que en 24-VI-1940 se hizo saber al Juzgado el fallecimiento de la parte representada por el mencionado Procurador, acaecido, al parecer, en 28-XI-1939, y se pidió se notificase la sentencia a su hermana y heredera, a lo que accedió de plano el Juzgado. La referida heredera se personó en la litis e interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, teniéndosela por parte. Este relato de los hechos patentiza la impos-

sibilidad de estimar el recurso interpuesto. Porque en lo referente al que denuncia la incompetencia del Tribunal *a quo*, bien se advierte que esencialmente se hace consistir en el hecho de que la sentencia quedó firme, la que, aparte de hacer supuesto de la misma cuestión que en resumen se debate, pugna abiertamente con los acuerdos judiciales que dispusieron, primero, la suspensión de autos, y después, la notificación de la sentencia a la que se decía heredera de la actora en la litis. Y en lo relativo a la pretendida insuficiencia de personalidad, libre era el demandado para discutirla en sazón oportuna, no pudiendo tener su aquietamiento en ambos casos, a los fines peculiares de este recurso, otro efecto que el de imponer la aplicación del artículo 1.696 de la ley procesal.

SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1941.—*Nulidad de laudo.*

El nombramiento del tercer amigable componedor no fué hecho por los otorgantes de la escritura de compromiso, sino, en virtud de aquél, por los dos componedores nombrados con anterioridad. Es indudable que tal delegación es ilegal por contravenir lo preceptuado en los artículos 791 y 828 de la ley rituaría. La nulidad del laudo del tercer componedor no obsta a que éste pueda ser materia de un recurso de casación que, por ende, ha de ser estimado.

SENTENCIA DE 16 DICIEMBRE DE 1941.—*Incongruencia.*

La única cuestión a resolver en este pleito es el derecho con que el demandado deriva agua de la acequia general de la comunidad por un caño de dos centímetros sobre el piso de aquélla y de una apertura de trece por quince centímetros, para la formación de pasta y fabricación de papel, derecho que, diciendo tenerlo adquirido por prescripción, alega el demandado en el doble concepto de excepción a la demanda y de objeto de su reconvención. El Tribunal *a quo*, si bien en términos claros y precisos resuelve este único tema de discusión negando la existencia del pretendido derecho, a continuación, desentendiéndose de los requisitos y normas de la congruencia, declara procedente en parte la reconvención, y decide que el demandado tiene derecho a emplear el agua dicha en la parte y forma que le corresponda para la formación de pasta y fabricación de papel. Esta decisión, sobre ser inconcreta e indeterminada y de imposible ejecución en los términos en que está concebida, no fué objeto de la reconvención y recae sobre cosa que las partes no solicitaron, afirmaron ni debatieron.

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD Y ADJUDICACIÓN DE TODOS SUS BIENES A OTRA EN CONCEPTO DE ÚNICO ACCIONISTA DE LA PRIMERA; SI EXISTIESEN DEUDAS A FAVOR DEL ADJUDICATARIO Y DE TERCEROS, NACEN LOS CONCEPTOS DE ADJUDICACIÓN EN PAGO Y PARA PAGO SEGÚN EL IMPORTE DE AQUÉLLAS Y LA CONDICIÓN DE MUEBLES O INMUEBLES DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD DISUELTA.

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

La Sociedad G. G. de E., poseedora de todas las acciones de la Sociedad Anónima E. de P. M., instó a ésta para que se disolviera, como así lo hizo, sin hacer adjudicación alguna de su activo y pasivo, porque ambas pertenecían de hecho y de derecho a la requirente como único actionista.

El capital representado por las acciones era de 753.500 pesetas, y la Oficina liquidadora, después de reclamados datos complementarios, valoró el Activo, en el cual había inmuebles y muebles, jurídicamente considerados, en la cifra de 3.111.859,07 pesetas, y el Pasivo en la de 2.267.748,08, figurando como acreedora la Sociedad G. G. de E. por 107.915,19 pesetas y quedando, por tanto, un haber líquido de 844.074,99 pesetas.

A la vista de estas cifras se giraron tres liquidaciones a cargo de la Sociedad G. G. de E.: una, por el concepto de adjudicación de inmuebles en pago sobre una base igual a la cantidad por la que era acreedora, otra por el concepto de adjudicación de inmuebles para pago

por el resto de la cantidad figurada como pasivo y otra por el concepto disolución de sociedades, sobre la base del haber líquido antes expreso, si bien con un error material de base del que prescindiremos al analizar el recurso, concretándonos a lo esencial de la reclamación promovida por la entidad G. G. de E.

Esta atacó las dos liquidaciones de adjudicación en pago y para pago, fundándose en que ni en el acuerdo de disolución ni en la escritura en que se formalizó se hacía adjudicación ni traspaso de los bienes sociales, ya que éstos le correspondían a la Sociedad G. G. de E. como única accionista, y en que los artículos 9.º, párrafos 9 y 19, párrafo 18, exigen la adjudicación expresa para que nazca el acto de adjudicación en pago o para pago, y en el caso actual, lejos de haberla, lo que hay es una obligación legal de pago inherente al carácter de propietario único.

Después se refuerza la tesis de la reclamación invocando las sentencias de 22 de abril de 1924 y 8 de marzo de 1929, y se alega, por fin, que, aun admitidos los conceptos de adjudicación, debieran separarse la de muebles y la inmuebles, puesto que ambas clases de ellos se especifican en el activo.

El Tribunal provincial no acogió el recurso, fundado en que si bien en la vida de las sociedades puede haber un período de liquidación, intermedio entre la vida plena y su extinción, con la consiguiente intervención de los liquidadores investidos de las facultades que el Código de Comercio les confiere, también los socios pueden prescindir de ese período y atribuirse el activo social con la obligación de satisfacer el pasivo, lo cual implica un traspaso de bienes de la personalidad Sociedad a la persona socio, y ello es, precisamente, lo ocurrido en el caso discutido; al atribuirse el activo la Sociedad G. G. de E. prescindiendo de dicho período intermedio y como tal socio necesariamente tuvo que hacerlo con la obligación de satisfacer el pasivo, tanto en la cuantía en que ella misma era acreedora—adjudicación en pago—, como en la que correspondía a los demás acreedores—adjudicación para pago. Y en cuanto a no diferenciar las adjudicaciones, según sean de inmuebles o muebles, no lo estimó procedente por aplicación del artículo 47, puesto que al no especificarlos el documento, era de aplicar el tipo más elevado.

La teoría del Tribunal Central fué la de rectificar al provincial en este último extremo y estimar que la adjudicación en pago debe

descomponerse en dos, una de muebles y otra de inmuebles, porque aun imputando a los bienes muebles la cifra de 844.074,99 pesetas que corresponde a la liquidación por "disolución de sociedad", todavía queda como base liquidable de "muebles" en pago hasta completar la cifra de 1.608.736,60 pesetas, que importan los inventariados de esa clase, la cantidad de 764.661,71 pesetas, y añade que esa adjudicación debe imputarse a los transmitidos en pago y no para pagos, porque de esa manera se les aplica el tipo de 2,50 del núm. 2 de la Tarifa y no el núm. 3, cuyo título es del 1,25, en beneficio del Tesoro.

En cuanto a lo que pudiéramos llamar fondo del recurso, lo desestimó, diciendo que, aunque en términos generales las adjudicaciones en pago o para pago han de ser expresas, según el párrafo o apartado (9) del art. 9.º,—apartado (10) del actual Reglamento,—, para que sean liquidables, es lo cierto que, según ese mismo apartado y el (18) y (19) del art. 19, a los socios se les liquida la adjudicación en pago o para pago, siempre que se les asigne mayor porción al disolver la sociedad que la que como socios les corresponde, y a los liquidadores de la sociedad solamente se les liquida la adjudicación cuando ésta es expresa.

Así, pues, como la Sociedad G. G. de E., única accionista de la disuelta y como tal dueña potencial del haber social, pasó, en virtud de la disolución, a ser dueña efectiva de bienes específicos con obligación de satisfacer las deudas que sobre ellos pesasen, estima el Tribunal que se dan las dos circunstancias para que el concepto tributario nazca, que son la de adjudicación al socio y la obligación de pagar las deudas.

Comentarios.—La cuestión secundaria, resuelta favorablemente por el Tribunal, o sea la de acordar que se especifique la adjudicación, parecenos que no es discutible ni en el terreno de los principios fiscales, ni tampoco invocando, como hizo el Tribunal provincial, el art. 47, porque propiamente hablando había en el documento elementos de juicio bastantes para ver que razonablemente no se daban las dos circunstancias de precio único y carencia de determinación de lo que en él correspondía a muebles y a inmuebles, exigidas por dicho artículo. Al contrario, había datos concretos sobre lo que unos y otros valían y lo que con ellos había que pagar, y ello era suficiente para no aplicarle el tipo único de inmuebles, siquiera sea con la diferenciación que

el Tribunal Central estableció para aplicar el tipo de 2,50 en vez del 1,25 en beneficio del Tesoro.

La otra cuestión, en cambio, la de fondo, sí ofrece particularidades dignas de mención, ya se mire desde el punto de vista jurídico civil y mercantil, ya desde el punto jurídico-fiscal.

Unas y otras nacen del hecho singular de no existir más que un solo titular de todas las acciones de la Sociedad disuelta y de que, además, la poseedora de todas esas acciones sea precisamente la Sociedad G. G. de E.

El aspecto jurídico propiamente dicho, plantea la debatida cuestión de la posible existencia ante el derecho de sociedades unipersonales, ligada con el no menos debatido tema entre los tratadistas de si debiera ser admitido en el moderno tecnicismo jurídico-mercantil que el comerciante individual puede tener un patrimonio exclusivamente adscrito a su negocio, con independencia de los demás bienes que posea y sin que éstos respondan de las obligaciones de aquél, a la manera que, como es sabido, ocurre en las sociedades anónimas y en las llamadas de responsabilidad limitada.

Sobre este interesante tema no nos toca a nosotros debatir, dado el papel que nos corresponde en esta sección de la Revista, y sólo de pasada lo planteamos para decir que aunque la realidad nos muestra casos de existencia de sociedades unipersonales o en que todas las acciones están poseídas por una sola persona, como ocurría en el caso que nos ocupa, es lo cierto que ni nuestra legislación positiva tiene ámbito para esa clase de entidades, ni tampoco las conceptúa admisibles la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Para lo primero basta invocar el art. 151 del Código de Comercio, y más concretamente el 116 del mismo y el 1.665 del Código civil, que definen el contrato de Compañía como el formado por dos o más personas; y, desde otro punto de vista, el 1.911 del Código civil al disponer que del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros. En cuanto a la jurisprudencia, es de mencionar la sentencia de 13 de junio de 1891, que niega que pueda tener vida jurídica una sociedad formada por una persona individual.

Desde el punto de vista jurídico-fiscal, la solución dada por la Resolución que comentamos pudiera parecer, a primera vista, dura y

discutible, pero no lo es, sin duda, a la vista de la verdadera naturaleza de los actos de disolución y fusión de que se trata.

Es cierto que ante un criterio simplicista puede pensarse que la sociedad subsistente después de la fusión—la Sociedad G. G. de E.—era de antemano dueña de todas las acciones y, por lo tanto, de todo el patrimonio social de la que se disuelve, y, por consiguiente, que con la disolución de la Sociedad Anónima de P. M., nada adquiere ni en nada aumenta su patrimonio, y que lo que se hace es dar forma y vida legal a lo que era ya una realidad de hecho y de derecho.

El argumento, por probar demasiado, no prueba nada. En efecto, tan allá va el argumento, que por ese camino llegaríamos a la conclusión de que la disolución de cualquier sociedad y la adjudicación de sus bienes a los socios que la integran, no causaría actos liquidables, porque el patrimonio social ya les pertenecía, y otro tanto podríamos decir en el caso de disolución de la comunidad de bienes con división material de las cosas poseídas proindiviso, en el caso previsto en el apartado 27 del art. 19 del Reglamento, y apurando el argumento, podríamos llegar aanáloga conclusión en toda adjudicación que un deudor hace de determinados bienes a su acreedor en pago de su crédito.

No hay que olvidar que en la disolución de sociedad, el hecho fundamental es la desaparición o la muerte de la persona jurídica poseedora, y que la distribución de sus bienes entre los partícipes, sean estos personales, individuales o colectivos y sean unos o sean muchos, es lo que da origen a los actos liquidables al atribuir a aquéllos la propiedad de bienes determinados. Mientras ese caso no llega, el socio es un mero partícipe en el haber de una persona jurídica completamente ajena a su propia personalidad, y cuando la muerte de aquélla ocurre y con ella la disolución y la adjudicación de sus bienes, entonces la participación ideal se concreta y los bienes o una parte de ellos pasan del patrimonio disuelto al patrimonio individual del socio, individualizados también, en lo cual está precisamente la razón de ser del impuesto y del acto liquidable.

Y de aquí nace asimismo la motivación de los otros dos actos liquidables de adjudicación en pago y para pago de deudas. La sociedad subsistente, además de ser poseedora de las acciones, tenía créditos contra la disuelta, y ésta, por otra parte, era deudora a otras personas; por consiguiente, su patrimonio tenía que destinarse, en primer tér-

mino, a pagar a sus acreedores y el resto a reintegrar el importe de las acciones, con lo cual quedan perfectamente dibujados los tres actos liquidables que la Resolución a que nos venimos refiriendo precisa: el de adjudicación en pago del haber social—número 60 de la tarifa—y los dos de adjudicación a que dan lugar las deudas existentes, uno en pago por el importe del crédito o deuda que la sociedad disuelta tenía a favor de la subsistente, y otro para pago por el importe de todos los demás créditos pasivos que sobre aquélla pesaban.

El nacimiento de estos dos últimos conceptos liquidables es cosa tan clara, que no es fácilmente comprensible cómo pueden ponerse en tela de juicio y menos aún combatirlos, como se hizo en el caso de autos, invocando el apartado (9)—(10) en el actual Reglamento—del art. 9.^º y el apartado (18) del art. 19, siendo así que ambos preceptos, idénticos en su esencia y casi en las palabras, lo que dicen es que si al disolverse una sociedad se traspasa a uno o varios socios el haber social, ha de liquidárseles, con independencia de lo que corresponda por el concepto de disolución de sociedad, la adjudicación en pago o para pago si hubiere pasivo y según sean muebles o inmuebles los bienes transmitidos. La tesis contraria, además de desconocer o tergiversar este precepto, desconoce la norma elemental de los actos deducidos, que en este caso es de evidente aplicación: si los bienes transmitidos respondían de determinada cifra de deudas que la sociedad disuelta tenía, ¿cómo desconocer que al hacerse cargo de ellos la sociedad absorbente, lo hace como adjudicataria en pago de lo que a ella en concepto de acreedora se le debía y el resto hasta completar aquella cifra como adjudicataria para pagar las demás deudas de la sociedad que se disolvió?

Todo ello, como es fácil de ver, es completamente ajeno al supuesto, también invocado por los recurrentes, de que existan nombrados liquidadores de la sociedad—que en el caso no existían—, a los cuales dice el Reglamento no se les liquidará el acto de adjudicación, sino en caso de que se les haga expresa adjudicación de bienes. Cosa lógica, añadimos nosotros, porque fuera de ese supuesto, no entra para ellos en juego el principio antes invocado de los actos deducidos, ya que sin esa adjudicación no son legalmente otra cosa que meros gestores o administradores del haber social, encargados de darle el destino adecuado y sin que ellos adquieran sobre él ningún derecho personal y patrimonial susceptible de entrar en el área del impuesto.

Finalmente, el argumento alegado aduciendo las sentencias de 22 de abril de 1924 y 8 de marzo de 1929, lejos de abonar el criterio de los reclamantes, lo contradice, porque en los dos casos a los liquidadores nombrados—la viuda de uno de los dos socios, y el único socio sobreviviente, respectivamente—no se les hizo, como tales, adjudicación expresa, y por ello el Supremo estimó que les amparaba el párrafo (19) del art. 19.

EXISTENTE UNA PROINDIVISIÓN ENTRE COHEDEROS SOBRE LA HERENCIA COMÚN Y ADQUIRIDAS POR UNO DE ELLOS EN SUBASTA JUDICIAL CON LICITADORES EXTRAÑOS LAS PARTICIPACIONES DE LOS DEMÁS, EL ACTO HA DE CALIFICARSE FISCALMENTE COMO CESSION.

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 26 de septiembre de 1938.

Fallecida doña M. G., nombró herederos a sus siete hijos y dispuso que a uno de ellos se le entregara, en pago de su porción hereditaria, una cierta cantidad en metálico, y que los seis restantes se adjudicasen los bienes de la herencia proindiviso, ya que, por existir entre ellos un balneario, les consideraba de difícil y perjudicial división. Completó su voluntad ordenando que el hijo que no quisiera continuar en la proindivisión requeriría a los demás notarialmente con un mes de anticipación para que pudiesen ser licitadores, sin admisión de extraños en la subasta de los bienes, y dispuso también que el que de ellos fuese mejor postor habría de adquirir los bienes en conjunto, pagando el precio a los demás coherederos, y que el que se opusiese al testamento perdiese su participación en el tercio de mejora y de libre disposición.

Uno de los hermanos vendió a otros dos de ellos su participación en la herencia y otros dos fallecieron, resultando como consecuencia de tales transmisiones que, con participaciones distintas, quedaron como dueños de los bienes tres de los antedichos hermanos coherederos.

En ese estado las cosas, uno de ellos instó judicialmente la división de los bienes por estimar que, a consecuencia de las transmisiones dichas, había quedado sin efecto la cláusula testamentaria que ordenaba la proindivisión.

La Audiencia accedió a la demanda, y por amigables componedores se hicieron las operaciones divisorias del caudal, adjudicándose a dos de los tres hermanos el balneario por su valor de tasación, con la obligación de entregar en metálico al otro su correspondiente participación hereditaria y con la prevención de que, caso de disconformidad, cualquiera de ellos podría solicitar la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños.

Posteriormente se celebró la subasta judicial y fué adjudicatario uno de los repetidos hermanos, el cual pagó a los otros dos en metálico sus respectivas participaciones.

La Oficina liquidadora aplicó el concepto "adjudicaciones" número 1 de la tarifa al 5 por 100, sobre la base del total valor del balneario. La liquidación fué recurrida por estas dos razones: que al heredero adjudicatario le era aplicable la exensión del número 14 del art. 6.^º del Reglamento referente a los excesos o diferencias que unos herederos deban abonar a otros cuando a tenor de los artículos 1.056 y 1.062 del Código civil se les adjudique en una finca mayor porción de la correspondiente a su haber hereditario; y que en todo caso nunca podrían formar parte de la base liquidable las porciones que al mismo heredero le pertenecían de antemano en los bienes por herencia y por compra, las cuales no se le transmitieron en la subasta.

El Tribunal provincial admitió el recurso en cuanto al último extremo y lo desestimó en lo demás, y el Tribunal Central confirmó el acuerdo fundado en que la proindivisión existente entre los coherederos cesó con el acuerdo de los amigables componedores, y desde el momento en que, según lo previsto por esto, los interesados se apartaron de las operaciones de la amigable composición y promovieron la venta en subasta pública con licitadores extraños, realizaron un acto ajeno a la partición.

En su consecuencia estimó que no se da la exención dicha, ya que ésta supone que las diferencias en las adjudicaciones sean consecuencia de la participación de herencia y que sean hechas en la misma partición, según criterio confirmado en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1922.

Así, pues, aplica al caso la regla general del art. 9.^º, apartado (9), y del 31, apartado (7) del Reglamento, y dice que en todo caso sería procedente la liquidación impugnada por tratarse de una adquisición de inmuebles en subasta, añadiendo que a la misma conclusión se llega

teniendo en cuenta el párrafo (27) del art. 19, que, al excepcionar el concepto del división de bienes poseídos proindiviso la división material de los poseídos a título hereditario, exigen que la porción de bienes que se adjudique a cada interesado no exceda del importe de su haber hereditario, lo cual revela, sigue diciendo el Tribunal, que si el supuesto no se da deben liquidarse los excesos o diferencias por el concepto de cesión.

Dice, por fin, la Resolución que aunque la Oficina liquidadora calificó como adjudicación y no como cesión, no es procedente, por razones de economía procesal, anular la liquidación, puesto que el tipo aplicado del 5 por 100 es el mismo en uno y otro caso.

Comentarios.—Nos parece que el caso tiene menos aparato y consistencia jurídica real que la que resulta de la exposición que acabamos de hacer, y nos parece asimismo que el argumento fundamental esgrimido queriendo aplicarle la exención del número 14 del art. 6.^º del Reglamento, es de todo punto desdeñable. La exención pudo ser legítimamente aplicada al hacerse la primitiva adjudicación, al fallecer la causante doña M. G., a seis de los siete hermanos y ser compensado a metálico el séptimo por la porción a él correspondiente en la herencia, supuesta la dificultad legal de la división material. A partir de ese momento no es ya posible atribuir eficacia a la exención, puesto que no se trata de adjudicar con exceso a uno o varios herederos bienes que hereditariamente correspondiesen a los demás, sino de adquisiciones que directamente hace un comunero de las partes que en la cosa común pertenecía a los demás, y en tal hipótesis claro es que el acto debe liquidarse.

De lo dicho se desprende también que no solamente no se trata de un acto calificable de adjudicación, como acertadamente dice el Tribunal Central rectificando al Liquidador y al Tribunal provincial, sino que tampoco creemos que sean invocables los artículos 9 y 31 en sus apartados (9) y (7), según parece dar a entender aquel Tribunal en uno de sus razonamientos. Esos apartados se refieren al caso en que a un heredero se le adjudique mayor porción de bienes que la que como tal heredero le corresponda, y entonces es cuando por la diferencia nace, conforme a esos apartados, el concepto liquidable de cesión, mientras que aquí—repetimos—no hay tal adjudicación de bienes en mayor cuantía de la debida. Hay, sencillamente, una adquisición onerosa—una compraventa, en definitiva—de las partes corres-

pondientes a los demás comuneros en el balneario cuestionado, con exclusión, claro es, de la parte alícuota ideal que en el mismo correspondía ya al adquirente; y por eso fué acertadamente rebajada por el Tribunal provincial la base liquidable correspondiente a esa porción, susbsanado así el error padecido por la Oficina liquidadora al girar la liquidación por todo el valor del bien subastado.

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

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

IMPUGNACIÓN DE HONORARIOS. INTERPRETACIÓN DEL NÚM. 11 DEL
ARANCEL DE LOS REGISTRADORES MERCANTILES Y DE LA REAL
ORDEN DE 4 DE DICIEMBRE DE 1928.

Resolución de 4 de enero de 1942 (B. O. de 13 de enero).

Por D. Víctor Labaique, en su calidad de Apoderado y Delegado General para España de la Sociedad Anónima Francesa "L'Union". Compañía de Seguros contra Incendios, Accidentes y Riesgos Diversos, domiciliada en París y con Delegación para España en Madrid, calle de Espoz y Mina, núm. 1, se promovió Recurso de impugnación de honorarios contra los devengados por el Registrador Mercantil de Madrid, basándose en que otorgada por el mismo, en la calidad expresada, una escritura en esta capital, el 30 de abril de 1941, ante el Notario D. José Tresguerras Barón, por la cual sustituyó el poder que le tiene concedido la mencionada Compañía de Seguros, en cuanto a las facultades en el mismo comprendidas para asuntos judiciales, en favor de 741 Procuradores de los Tribunales, cuya primera copia fué inscrita en el indicado Registro, consignando a su pie el titular del mismo la siguiente nota de honorarios: "Honorarios, números 1 y 11 del Arancel, 3.706,50 pesetas", que se abstuvo de satisfacer por considerarlos excesivos, ya que el número 11 del Arancel dice textualmente: "Por cada inscripción de poder, de sustitución o su revocación y por la de autorización o licencia marital para ejercer el comercio, cinco pesetas"; y que a mayor abundamiento la Real orden de 4 de diciembre de 1928, dispone que en ningún caso y cualquiera que sea la cuantía, no podrán devengarse por los Registradores Mercantiles más de mil quinientas pesetas.

Bien defendida su nota por el Registrador, la Dirección la confirma por las siguientes certeras razones:

La palabra inscripción, lo mismo en el Registro Mercantil que en el de la Propiedad, puede considerarse bajo dos aspectos diferentes, el virtual y el formal; en el primer aspecto, la inscripción puede considerarse como el conjunto de facultades que la ley concede a la persona que inscribe; en el segundo aspecto, la inscripción representa el acto de inscribir, la forma de llevar a los libros del Registro la esencia o espiritualidad de los derechos concedidos al inscribiente, o lo que es lo mismo, que hay que distinguir entre la inscripción propiamente dicha y el asiento en que se refleja.

Lo mismo en el Registro Mercantil que en el de la Propiedad se dan con frecuencia los casos de títulos comprensivos de diversas relaciones jurídicas que producen cada una su correspondiente inscripción, formalizadas todas en un solo asiento, pero devengando cada una de ellas honorarios correspondientes.

En el caso debatido cada sustitución de poder ha producido su correspondiente inscripción virtual, si bien todas ellas no hayan dado lugar más que a una inscripción formal, por lo que es de aplicación a cada una de ellas el artículo 11 del Arancel del Registro Mercantil, que dice que por cada inscripción de poder, de su sustitución, etc., se devengarán cinco pesetas.

El Arancel tiene por objeto la decorosa retribución de los funcionarios Registradores y que siendo bien módicos los honorarios asignados a una inscripción de sustitución de poder, pretender, como pretende el recurrente, que por lo que el Arancel señala para una inscripción se devenga, al amparo de una interpretación errónea, lo mismo que por centenares de inscripciones, es notoriamente injusto y no debe prevalecer.

Y que la Real orden del 4 de diciembre de 1928, que alega el recurrente para el caso de que se desestimase la primera parte de su pretensión, que limitó los honorarios de cada contrato a 1.500 pesetas, se dictó como complemento al número 3 del Arancel, o sea para los contratos o actos cuya inscripción está sujeta a una escala gradual de honorarios, no para los que tienen señalado un tipo fijado en Arancel como ocurre en el caso presente.

VARIA

HOMENAJE A PAUL KOSCHAKER

El tomo segundo (véase REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 164) comprende los siguientes trabajos:

VI.—DERECHO DE CRÉDITO

WOLFGANG KUNKEL: *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht* (La fe como elemento creador del Derecho romano de obligaciones).

EMILIO ALBERTARIO: *I contratti a favore di terzi* (Los contratos a favor de terceras personas).

ANTONIO GUARINO: *Sul beneficium competentiae dell'extraneus "promissor dotis"* (Sobre el beneficio de competencia del extraño que haya prometido dote).

ERICH SACHERS: *Die Verschuldenshaftung des Depositars* (La responsabilidad por obligaciones del depositario).

ULRICH VON LÜBTOW: *Studien zum altrömischen Kaufrecht* (Estudios sobre la compraventa en el derecho romano antiguo).

VINCENZO ARANGIO-RUIZ: *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano* (Derecho puro y derecho aplicado en las obligaciones del vendedor romano).

HEINRICH VOGT: *Zur Gefahrtragung beim Sklavenkauf* (La carga de los riesgos en la venta de esclavos).

RUDOLF HENLE: *Die rechtliche Natur der in diem addictio beim Kaufvertrage* (La naturaleza jurídica de la adicción *in diem* en el contrato de compraventa).

HAUS KRELLER: *Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung* (El edicto de *negotiis gestis* en la historia de la gestión de negocios).

VII.—DERECHO HEREDITARIO

FRANZ LEIFER: *Altrömische Studien—VI—Suus heres und älteres Libraltestament* (Estudios de derecho romano antiguo: el heredero suyo y el testamento “per aes et libram”).

HUGO KRÜGER: *Zum römischen Pflichtteilsrecht* (Sobre el derecho legitimario romano (cuotas reservadas).

FRANZ VON BOSSOWSKI: *Die Novelle 118 Justinians und deren Vorgeschichte. Römische und orientalische Elemente* (La novela 118 del Emperador Justiniano y sus precedentes históricos. Elementos romanos y orientales).

JOSEPH DÉNOYEZ: *La juris possessio dans la pétition d'hérédité en droit romain* (La posesión de derechos en la petición de herencia según el derecho romano).

GERMARD DULCKEIT: *Voluntas und fides im Vermächtnisrecht* (Voluntad y fe en el derecho de legados).

BERNHARD KÜBLER: *Das Perlenhalsband der Prinzessin Matidia* (El collar de perlas de la princesa Matidia).

VIII.—DERECHO PROCESAL

SALVATORE RICCOPONO: *Interdictum-Actio* (Interdicto y Acción).

IX.—CUESTIONES ROMANISTAS CANDENTES

ERNST SCHONBAUER: *Zur “Krise des römischen Rechts”* (Sobre la crisis del Derecho romano).

TOMO III

OTROS ANTIGUOS DERECHOS Y SOBREVIVENCIAS DEL DERECHO ROMANO

LEOPOLD WENGER: *Paulo Koschaker, sexagenario.*

Un trabajo de colega y amigo antiguo, en que se ponen de relieve los méritos que como investigador y como varón de excelsas virtudes

ha contraído el profesor a quien se rinde homenaje, orgullo de su patria y de sus discípulos y colaboradores.

I.—ANTIGUO DERECHO ORIENTAL

JULIUS G. LAUTNER (profesor de Zurich) : *Altbabylonische Gesellschaftsverhältnisse. Studien zum Miteigentum im altbabylonischen Recht-II.*

Las investigaciones sobre la copropiedad en la antigua Babilonia, las relaciones jurídicas sobre paredes medianeras y la comunidad hereditaria que el autor había recogido en su obra "Symbolæ ad Iura Orientis Antiqui pertinentes", dedicada a Koschaker, en 1939, son reanudadas para colocar frente a los dos tipos principales admitidos por Eilers: Sociedad arrendataria con tierra común y sociedades mercantiles con capital pecuniario, una serie de figuras que demuestran la variedad de las estructuras y formas sociales de aquel derecho tan poco estudiado en España.

JOSEF KLIMA (de la Universidad de Praga) : *Zur Entziehung des Erbrechtes im altbabylonischen Recht.*

Otro estudio del derecho babilónico para explanar: 1.º, las consecuencias de la denegación de paternidad o filiación y las formalidades de la desheredación; 2.º, la revocación de las disposiciones por causa de muerte, y las particularidades que la distinguen de las otras separaciones de los hijos *por naturaleza* o de los adoptivos. Las investigaciones se han hecho a base de los trabajos de Poebel sobre documentos mercantiles legales durante la primera dinastía de Babilonia de las ediciones de textos cuneiformes existentes en el British Museum; de Grant "documentos del período clásico babilónico"; de las leyes o códigos de Hammurabi; de los inventarios de las tabletas (Ostracas) conservadas en el Museo Imperial Otomano; de las contribuciones de Meissner sobre los contratos sumerianos coleccionados en el Ashmolean Museum, de la "Revista hitita", de Chiera, "antiguos contratos babilónicos", y de Waterman, "documentos mercantiles del período de Hammurabi".

GEORG EISSEN (profesor de Tubinga) : *Beiträge zur Urkundenlehre der Altassyrischen Rechtsurkunden vom Kültepe.*

Los documentos jurídicos de Kültepe, que tanto han enriquecido la ciencia del derecho asirio, permiten formar o inducir una serie de reglas sobre redacción y autenticación de instrumentos, que el autor examina en cuanto a los particulares de testigos, fecha, sellado, duplicados, copias, cubiertas, protocolos, cláusulas, etc.

VIKTOR KOROSEC (profesor de Ljubljana) : *Einige Beiträge zum hethitischen Sklavenrecht.*

El Código hitita, cuyo texto cuneiforme, publicado por Hrozny y completado por Ehelolf, es ya conocido por los juristas franceses en la traducción del mismo Hrozny (Code Hithite); por los alemanes, en la de Zimmern-Friedrich (Hethitische Gesetze), y por los ingleses, en la de Walther (The Hittite Code), contiene múltiples disposiciones dispersas sobre la esclavitud que el autor examina bajo los siguientes apartados: 1.º Protección de la vida y de la integridad corporal del esclavo; 2.º Potestad dominical; 3.º Matrimonio del esclavo con esclava o libre; 4.º Capacidad para adquirir; 5.º Responsabilidad por delito.

El derecho hitita, concluye, era más favorable a los esclavos que el Código de Hammurabi, el Derecho griego y la legislación romana, para los cuales *servile caput nullum jus habet*.

II.—DERECHO GRIEGO Y GRECO-EGIPCIO

HANS NIEDERMEYER (profesor de Gottinga) : *Aristoteles und der Begriff des Nomos bei Lykophron.*

Entre los fragmentos presocráticos recogidos por Kranz figura un pasaje del sofista Licofron, citado por Aristóteles en el libro 3.º de su *Política*, que con referencia a los efectos o funciones de la ley (*Nomos*), dice así: "La ley es también un acuerdo (*syndeke*), y como lo ha dicho el sofista Licofron, garantiza la justicia de las relaciones reciprocas de los ciudadanos, sin influir sobre su rectitud o moralidad."

Sobre el alcance de este concepto, el progreso que significa respecto a los puntos de vista de Solón y Píndaro, discurre el autor que promete volver a examinar la materia.

GEORG SIMONÉTOS (Abogado de Atenas) : *Das Verhältnis von Kauf und Uebereignung im altgriechischen Recht.*

El autor, que ya ha roto una lanza contra el contrato abstracto en el homenaje a Streit, y con ocasión del proyecto de Código civil griego, vuelve a la carga, afirmando que el *acuerdo real (sine causa)* de la técnica alemana, combatido por Lange, Wieacker, Heck, etc., era completamente ajeno al antiguo Derecho griego y contradice las aspiraciones nacionales. Aunque no está muy demostrado que el derecho antiguo conociese una acción similar a la *reivindicatio* romana ni una propiedad conceptualmente deslindada, es indudable que el famoso fragmento de Teofrasto recogido por Stobaeus nos pone en presencia de un señor (*Kyrios*) que domina la cosa, distinguiendo con precisión, *propiedad* y *posesión*, y poniendo de relieve la sucesión *inter-vivos* como consecuencia del contrato de compraventa. Ciento es que Caillemer, Anthess y Mitteis reputaban consensual este contrato, asimilándolo a la *emptio-venditio*; pero hoy se le acerca a la venta real (al contado), y en el citado fragmento se distingue la venta sin transmisión de la propiedad (por no haberse pagado el precio o no haberse llenado los requisitos de publicidad) y ventas con efectos reales o transmisivos, en virtud de un contrato válidamente celebrado y formalmente cumplido. De todos modos, la construcción de un contrato real abstracto, parecido al acuerdo alemán (*Einigung*), no responde a la concepción griega.

N. J. PANTAZOPOULOS (Abogado de Atenas) : *Ein Beitrag zur Entwicklung der Diaitesie im Altgriechischen Recht mit besonderer Berücksichtigung des attischen Rechts.*

Las discusiones entre partes no eran necesariamente resueltas en la Grecia antigua por jueces del Estado. A la época en que los derechos se discutían, o mejor, se disputaban con las armas en la mano, siguió otra en que los ciudadanos renunciaban al derecho de legítima defensa y confiaban la decisión (*diaitesia*) del asunto a una tercera persona por ellos elegida. Este procedimiento, que permitía mantener las diferencias confinadas en los círculos de amigos y parientes, resolverlas por vías de equidad y terminarlas de una manera simple, suave y familiar, fué sustituido, cuando los griegos se acostumbraron a las discusiones

públicas en el *agora*, por una tramitación estatal, cada vez más obligatoria, fundada en tres bases características: *a)* prohibición del hecho propio; *b)* obligación de someterse a los órganos jurisdiccionales, y *c)* derecho de apelación contra el juicio arbitral de primera instancia.

WALTER ERDMANN (Meran) : *Zum gamos agrafos der gracco-aegyptischen Papyri.*

Entre los papiros de la época tolemaica relativos a relaciones familiares, se encuentran algunos, redactados en griego, que admiten tipos matrimoniales irregulares o no escriturados (*gamos agrafos*), confiriendo a la mujer (hetaira o concubina) una posición en el hogar, derechos de alimentación y la garantía de que sus hijos no quedarán desamparados.

El autor pasa en revista estos tipos, que parecen a veces *sponsalia de futuro*, otras precontratos, uniones morganáticas, relaciones concubinarias o contratos a prueba, para concluir afirmando que no son ni siquiera matrimonios de inferior derecho, porque la mujer no reconoce al marido como señor (*kyrios*) y permanece en la potestad de su padre o tutor, que puede reclamarla cuando le parezca razonable.

WALTER HELLEBRAND (doctor de la Universidad de Berlín) : *Arbeitsrechtliches in den Zenon Papyri.*

Un estudio de las relaciones jurídicas de trabajo contenidas en los papiros zenonianos (Zenon-Papyri): de tipo patriarcal (domésticos, servidores, aprendices), de arrendamientos rústicos, de empleo en grandes explotaciones agrarias y de grupos de operarios temporal y periódicamente ocupados.

ERICH BERNEKER (profesor de la Universidad de Erlangen) : *Zur Rechtskraft im ptolemäischen Prozessrecht.*

Los pueblos primitivos no se preocupan tanto de asegurar procesalmente el triunfo del derecho, como de poner término al litigio. Si los procedimientos son arbitrales, el laudo no adquiere la fuerza de cosa juzgada, a menos que las partes no se la concedan por actos especiales, y aun cuando haya sido decidida la cuestión por un funcionario

del Estado, como lo demuestran los documentos tolemaicos, no es inmediatamente ejecutivo el fallo.

Para suplir este defecto, el Derecho germánico admitía la renuncia a sus pretensiones formalizada por los litigantes, y los estudios de Koschaker y Lautner han encontrado en el alto derecho babilónico un procedimiento análogo y han abierto el camino a las investigaciones en los documentos demoticos sobre la que hoy llamamos excepción de cosa juzgada en Egipto. El autor aprovecha un archivo familiar, publicado por Thompson en 1934, para llegar a las siguientes conclusiones: 1.^a El pleito no termina con la sentencia; se necesita un desistimiento expreso; 2.^a La proposición del juez puede no ser aceptada, aunque a veces impone el *alejamiento* a quien no se somete; 3.^a El proceso termina con este desistimiento contractual y no se puede reproducir; 4.^a La renuncia a proseguir liga solamente a las partes, y 5.^a No se da recurso ni segundo proceso de *eadem re*. Si el Estado se halla interesado directamente, el fallo tiene fuerza de cosa juzgada.

OTTO EGER (profesor de Giessen) : *Eid und Fluch in den maionischen und phrygischen Sühne-Inschriften*.

En el Derecho romano imperial el perjurio era vengado directamente por los dioses, y cuando se juraba por el mismo emperador, entraba en juego el Derecho penal. El grado de miedo y a veces horror del que había hecho un juramento en falso (asertorico) o faltado a la palabra dada solemnemente (juramento promisorio) se refleja en las llamadas estelas de expiación (inscripciones propiciatorias), mayónicas y frigias de los siglos II y III, cuyo texto griego copia y analiza el autor. Todas tratan de aplacar a los dioses ofendidos que se habían vengado del perjuicio con su muerte o la de personas queridas, o con la destrucción de sus bienes.

III.—DERECHO BIZANTINO

ERWIN SEIDL: *Die Basiliken des Patzes*.

Como no ha llegado hasta nosotros ningún manuscrito completo de las Basílicas, tienen un gran interés los llamados dictámenes del Juez de Patze Tipocito (*Kritou tou Patze Tipoukeitos*), cuyas referencias

a la indicada colección de leyes, por otra parte, serán ininteligibles mientras no podamos reconstruir el texto de las Basílicas que le sirvió de base. Heimbach ha aprovechado en su edición las referencias que en cada capítulo de la obra de Tipocito se hacen, y Seidl, aunque reconoce que el Códice Vaticano es una copia no muy cuidada de la misma, afirma la posibilidad de concordar sus numeraciones con las empleadas por los que han reelaborado las leyes justinianas en las llamadas Basílicas, y de reconstituir el texto original que, si no coincide con ninguno de los manuscritos conocidos, se aproxima al Códice constantinopolitano.

K. TRJANTAPHYLLOPOULOS (profesor de Atenas): *Die Novece 56 Leos des Weisen und ein Streit über das Meeresufer im 11 Jahrhundert.*

Nos cuenta el historiador bizantino Attaliata que Miguel VII (emperador desde 1071 a 1078), joven abúlico y juguete de altos dignatarios, entre otras exacciones y rapacerías, arrebató a los hospitales, obras pías y claustros el derecho de explotar las Escalas o muelles que en los alrededores de Constantinopla se habían construido para facilitar el tráfico marítimo, y añade que sus sucesores habían devuelto a Dios lo que de Dios era. Partiendo de esta referencia, en la que el autor ve una alusión a la Novela 56, de León el Sabio, y a la luz del derecho justiniano que distingue las cosas *comunes* de las cosas públicas, discute la utilización del mar y sus orillas y la propiedad privada que en las *escalas* se reconoció a las Iglesias, claustros, obras pías y otras personas.

IV.—MEDIEVAL

CLAUDIUS FRH. VON SCHWERIN: *Zur Herkunft des Schwertsymbols.*

Desde que la ciencia germánica se ha dedicado al estudio de los símbolos jurídicos (objetos adecuados para despertar pensamientos o emociones de tal clase) se ha considerado a la espada como símbolo de potestad. Se discute el momento en que aparece con tal carácter. Los reyes germanos y frances iban armados como todos los hombres libres; pero la espada no se encuentra en las tumbas antiguas. Distinguiendo atributo, símbolo e insignia, el autor estudia las monedas, en donde

se encuentran lanzas con o sin bandera, cetros, globos imperiales... los testimonios anglo-sajones, longobardos y visigóticos y los Anales de la Edad Media, que se refieren a la entrega de la espada (*traditio gladii*) en el ritual de la coronación, o a la espada de San Pedro con que el poder temporal defiende a la Iglesia, para concluir que la espada no es propiamente un símbolo de origen germánico, sino que más bien ha asumido tal característica merced a las influencias eclesiásticas en las ceremonias de coronación del llamado al Imperio. La espada imperial no era símbolo de jurisdicción capital (a semejanza del hacha), sino del deber en que el Emperador se hallaba de defender a la Iglesia con el poder que se le otorgaba.

SLAVOMIR CONDANARI MICHLER (profesor de Viena) : *Bodem, pig-nus, hypothekē.*

La historia del préstamo a la gruesa nos lleva a la más remota antigüedad de los pueblos de la India. ¿Cuál es la relación que guardaba esta institución en la Edad Media con la prenda sin desplazamiento, con la garantía condicionada por los peligros de la navegación y con la hipoteca exclusivamente real? El autor examina estas cuestiones en el Derecho marítimo de Lübeck, Atenas-Roma y Rialto-Venecia.

WILHELM FELGENTRAEGER (profesor de Marburg) : *Zu den Formulae Andecavenses.*

En los formularios de los tiempos merovingios y carlovingios se encuentran muchos testimonios de la vida jurídica de los frances, visigodos, borgoñones y demás pueblos germánicos. En este trabajo se examinan las fórmulas andecavenses, colección de 60 documentos redactadas en Angers en la primera mitad del siglo VII, que ha llegado a nosotros en un manuscrito del siglo siguiente. Más bien que de un texto doctrinal se trata de modelos notariales y protocolarios que la Iglesia, sobre todo, utilizaba para aplicar el derecho romano. No se hallan, sin embargo, alejados por completo del Derecho germánico, porque en muchos sitios afloran elementos procesales (testigos, juramentos) y las influencias del ordenamiento vivido o de las leyes bárbaras.

ENRICH GENZMER (profesor de Francfort) : *Eine anonyme Kleinschrift de testibus aus der Zeit um 1.200.*

Una contribución dedicada al estudio de la teoría y de la práctica de la prueba de testigos a principios del siglo XIII. Se trata de un opúsculo en latín incluído en un manuscrito de la biblioteca capitular de Sitten; más bien un fragmento, sin *incipit* ni *expliciti*, procedente de la escuela de Bolonia y debido a algún discípulo de Juan Bassiano. Como fuentes parece haber empleado el autor el Decreto de Graciano, el Códex, las Auténticas, el Digesto y la Historia bíblica de Daniel y Susana. Comprende la reglamentación del juramento, el examen separado de los testigos, las interrogaciones que, como en el juicio de Daniel, tienden a poner en contradicción a los testigos ("¿Debajo de qué árbol sorprendisteis a Susana?" "Debajo de un lentisco", contestó un viejo. "Debajo de una encina", dijo el otro.) ; la valoración del testimonio, la declaración de los ausentes y la necesidad de la rogación en los casos de confesión de pago, reconocimiento de deuda, testamento y divorcio.

HELMUT COING, Profesor de Francfort, s. M.—*Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus.*

En el derecho moderno han adquirido una notable importancia las doctrinas sobre los negocios simulados o aparentes y los contratos celebrados para burlar intereses legítimos. Tanto el derecho civil como el procesal y las disposiciones fiscales acuden a la brecha para evitar el atropello de los más fundamentales principios. El clásico derecho romano contaba con unos cuantos preceptos sobre la *simulatio*, desconocía la trascendencia del *agere in fraudem legis* y sólo con retraso llegó a desenvolver la *acio Pauliana* o de impugnación. Los juristas bizantinos progresaron en esta vía y los grandes jurisconsultos Bartolo y Baldo sentaron las bases de la materia. En sus textos estudia el autor el concepto de la simulación, las especies en que se presenta, los contratos imaginarios, los efectos que provocan, las distinciones del fraude (*de re, ad rem; de persona, ad personam; de contractu, ad contractum; de modo, ad modum; de tempore, ad tempum*) y los varios fines que puede perseguir:: burlar la ley, perjudicar a otro, posponer a los acreedores (*agere in fraudem legis, in fraudem alterius, in fraudem credi-*

torum). Por último, se indica el enlace del tema con las presunciones probatorias: *temeraria*, *probabilis*, *violenta* y *juris et de jure*, cuyo manejo es indispensable en la práctica judicial.

V.—HISTORIA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO.

JULIUS BINDER, Profesor de Gottinga: *Die Einheit der praktischen Gesetzgebung*.

Los juristas modernos, por regla general, admiten y colocan en varios grupos las diferentes normas de conducta (legales, consuetudinarias, morales, sociales, religiosas, de costumbres...) que si en los ordenamientos primitivos aparecían mezcladas y confundidas, han sufrido una especie de decantación o discriminación que las coloca en planos paralelos sin subordinación posible a principios superiores. Repetidamente, el autor, en sus tratados de Filosofía del Derecho, ha sostenido, frente a aquella concepción que llama positivista, la idea de que la ordenación de la conducta práctica es unitaria, inconfundible con la "jerarquía de los valores" y desconocida para el positivismo que nada sabe de objetividades espirituales.

Y en el trabajo trata de dibujar las líneas generales del desarrollo histórico de esta aparente multiplicidad de normas, cuyo contenido, si fuera radicalmente distinto, provocaría constante conflictos. En realidad, no se ha pensado bastante profundamente sobre las bases de la obligatoriedad de tales preceptos, y sólo se han referido sus respectivos orígenes a la naturaleza humana, a la razón, a la divinidad... Pero una reflexión más profunda pone de manifiesto que la fuerza vinculativa de múltiples mandatos, al operar sobre las únicas facultades del subordinado, ha de conciliar las exigencias de la voluntad común con la naturaleza de su voluntad particular, de modo que los valores de la Comunidad encuentren en el sujeto que es miembro de la misma, perfecta y armónica obediencia.

A través de los filósofos griegos y de los jurisconsultos romanos, sigue Binder la conceptual unidad del Derecho en la multiplicidad de manifestaciones normativas, pasando después a las opiniones de Krettmayr (redactor del Código bávaro), Savigny y Hegel. El estudio termina con un breve examen, hecho a la luz de estas ideas fundamentales, del proyecto discutido en la Academia de Derecho alemán sobre

"Das Recht des Testaments". Puesto que la *legislación* debe ser *unitaria* y el testador ha de redactar su última voluntad en plena conciencia de las responsabilidades que la familia, sociedad y pueblo le imponen, no hay que esperar de la moral o las costumbres la sanción específica de las infracciones cometidas al amparo de la libertad de testar, sino imponer en las consecuencias los giros coactivos del Derecho, a ejemplo del Romano, que concedió la *querela innoficiosi testamenti* a los descendientes del causante, cuando éste en su testamento se hubiera olvidado de los deberes de piedad familiar. No hay contradicción posible entre la conciencia individual y la general, y al Juez corresponde decidir las antinomias aparentes con toda libertad (por ejemplo, privando de su legítima al hijo desheredado, por ser mucho más rico que sus hermanos).

LA REDACCIÓN.