

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVIII

Febrero de 1942

Núm. 165

Faltas subsanables e insubsanables

I

EL FIN DEL REGISTRO Y LA CALIFICACIÓN

La creación de nuestro sistema hipotecario en 1861 obedeció a una finalidad claramente puesta de relieve por los expositores de motivos: las leyes vigentes a la sazón no garantizaban suficientemente la propiedad, ni asentaban sobre sólidas bases el crédito territorial, ni daban actividad y circulación a la riqueza (1). Era urgente sustituirlas por otras que "diesen firmeza, seguridad y estabilidad a la propiedad territorial y a cuantos derechos se derivasen o relacionasen con ella" (2). Para la consecución de este fin, la nueva Ley creó, como instrumento imprescindible, el Registro de la Propiedad: en él habría de tomarse razón de los derechos sobre inmuebles, y de este modo tales derechos quedarían suficientemente protegidos o, al menos, así lo creyeron los autores de la Ley. Tal protección se conseguía dando a los derechos acogidos al nuevo sistema una consideración privilegiada (3).

Precisamente porque los derechos registrados adquieren un rango

(1) Exp. de mot. del Real decreto de 8 de agosto de 1855 y de la ley de 8 de febrero de 1861.

(2) Oliver: *Derecho inmobiliario español*, tomo I, pág. 351.

(3) "La inscripción en nuestra Patria no reviste el carácter de sentencia definitiva y firme, pero crea una situación privilegiada superior a las protecciones posesorias y a las presunciones emanadas de la titulación auténtica".—J. González: *Principios*, pág. 269.

preponderante, es preciso establecer ciertas limitaciones para el ingreso de derechos en el Registro, señalando:

- 1.º Qué derechos son susceptibles de inscripción.
- 2.º Qué circunstancias han de reunir los derechos protegibles para ser protegidos.

En cuanto a lo primero, basta atenerse al propósito y finalidad de la Ley para saber de qué especie de derechos había de tomarse razón en el Registro: para el amparo de los derechos reales inmobiliarios se estableció el nuevo ordenamiento, porque las antiguas leyes estaban "condenadas por la Ciencia y por la Razón"; luego, en principio, sólo los derechos reales inmobiliarios podían entrar en el recinto especialmente protegido, puesto que para ellos se ideó el nuevo sistema.

Respecto a lo segundo, se dijo en la Exposición de Motivos que "el Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva". La imprecisión de esta frase y su insuficiente desarrollo legal y reglamentario ha dado lugar a grandes dudas, de que oportunamente habremos de ocuparnos. Pero, en principio, estimamos que esta segunda nota no es distinta de la anterior: lo que carece de valor jurídico, "lo que no tiene fuerza coactiva", no es en Derecho más que una apariencia.

Consecuencia de ello es que la protección registral debe acoger a todos los derechos reales inmobiliarios, y sólo por el hecho de ser derechos de esta especie. Pensar que pueden existir derechos reales inmobiliarios no susceptibles de ser inscritos, es tanto como crear derechos reales de segunda categoría, contradiciendo el propósito y finalidad de la ley Hipotecaria, que quiso proteger a todos los derechos de esta especie. Es cierto que los derechos pueden llegar a la vida jurídica afectados de defectos más o menos graves; en tal caso, enfocando el problema en términos generales y tomando como punto de partida exclusivamente la finalidad de nuestra legislación inmobiliaria, la solución debe, a nuestro juicio, ser la siguiente: el defecto de que adolezca el derecho en cuestión podrá ser tan grave que impida su nacimiento o le haga perder su naturaleza real; si tal acontece, el mecanismo registral ni deberá ni podrá ponerse a su servicio. Por el contrario, la falta no priva al derecho de su naturaleza ni impide su nacimiento: entonces, las protecciones legales deben ponerse en marcha; ahora bien, esta protección, tan eficaz, en principio, como la de cualquier derecho

sin tacha, requiere, para su subsistencia, la enmienda de lo mal hecho. En interés de los derechos inscritos, del propio derecho defectuoso y de la misma institución registral, cuanto ésta protege debe hallarse purificado. No se puede negar al derecho real defectuoso su ingreso en el Registro; debe obtener una protección provisional y la indicación del medio para llegar a la definitiva; si, señalado el remedio, no se produce la corrección, este no hacer es tanto como la renuncia a la garantía del Registro; garantía que nuestro sistema no impone, sino que ofrece para quienes a ella quieran acogerse voluntariamente.

Reconocida la necesidad de una censura previa, surge la precisión de colocar al frente del Registro un funcionario público encargado de la misma. Su función, en general y de acuerdo con lo dicho, será conseguir la protección (provisional o definitiva) de los derechos reales que se acojan al régimen registral; y, por otra parte, impedir el ingreso en el Registro de cuantos derechos carezcan de naturaleza real (1): éste, y no otro, habrá de ser el fundamento de la calificación por la que se deniegue un asiento.

II

LAS FALTAS: SUS ESPECIES

De lo dicho en el epígrafe anterior se infiere la importancia que tiene para nuestro sistema inmobiliario la facultad calificadora del Registrador de la Propiedad. En definitiva, cuando éste deniega la inscripción de un derecho, emite un fallo relativo a la naturaleza jurídica del derecho en cuestión y, en su consecuencia, lo priva de las defensas especiales. Pero el término de la calificación no siempre es una de las soluciones extremas—admitir o denegar la inscripción—, sino que existe una meta intermedia a la que puede llegar el juicio del en-

(1) Salvo aquellos casos en que la ley disponga lo contrario. Refiriéndose al Derecho alemán, dice Nussbaum: "El Registro está exclusivamente destinado a proclamar los derechos reales constituidos sobre inmuebles; los derechos personales o simples obligaciones, aunque se encaminen a la constitución de un derecho real inmobiliario, no afectan, por su naturaleza, al Registro. Sin embargo, para facilitar al acreedor una más amplia protección en estos casos y otros semejantes, permite el Código civil que los derechos encaminados a la constitución, modificación o extinción de una relación real sobre inmuebles puedan acogerse al Registro, mediante un asiento especial a que se da el nombre de anotación preventiva".—*Trat. de Derecho hipotecario alemán*, pág. 51.

cargado del Registro: la suspensión de la inscripción. La causa en que ha de fundarse el dictamen, para llegar a una u otra solución, es la cualidad de la falta apreciada en el derecho cuya inscripción se pretende. Y comoquiera que los efectos que se producen, según la solución a que se llegue—denegación o suspensión—, son de la máxima trascendencia, se deben hacer dos grupos perfectamente diferenciados e inconfundibles de los defectos o faltas que puedan afectar a los derechos. Y la nota diferencial deberá buscarse en algo muy principal, en la misma entraña del sistema, para que exista la debida proporción entre la causa y el efecto.

En nuestro ordenamiento hipotecario, no obstante la importancia y trascendencia de la distinción aludida, reina una gran desorientación y falta de fijeza. Existe un artículo de la ley Hipotecaria, del que habremos de ocuparnos inmediatamente, que trata de plasmar la distinción y regular sus efectos; pero su imprecisión técnica y, más aún, la frecuencia con que ha sido desecharido como absolutamente inservible, han dejado a esta importantísima cuestión en una semiorfandad legal, deficientemente suplida por la casuística, y a veces contradictoria doctrina, del Centro directivo. Y es más de lamentar esta laguna legal si se tiene en cuenta que paralela a la importancia del problema es la frecuencia de su planteamiento en la práctica registral.

a) *El artículo 65 de la ley Hipotecaria.*—Nuestra ley Hipotecaria, consciente de la importancia de la diferencia aludida, quiso distinguir los defectos de que pueden adolecer los derechos que se intentan inscribir con las dos definiciones del artículo 65: “Serán faltas subsanables las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida”, y “serán faltas no subsanables las que produzcan necesariamente la nulidad de la obligación”.

Como más adelante habremos de referirnos a algunas opiniones de nuestros autores y comentaristas respecto a la inteligencia del precepto legal transrito, y, a la vez, relacionarlo con otros, vamos ahora a ver cuáles son las consecuencias a que puede llegarse atendiendo exclusivamente a las ideas contenidas en este artículo.

Del párrafo primero se deduce que, para calificar de subsanable una falta, han de concurrir los siguientes requisitos:

- 1.º Que el defecto afecte al título.
- 2.º Que no produzca necesariamente la nulidad de la obligación.

El párrafo tercero del citado artículo 65 sólo exige un requisito para que un defecto sea calificado de insubsanable: que produzca necesariamente la nulidad de la obligación.

Tenemos, pues, atendiendo a este artículo exclusivamente, dos grupos de faltas perfectamente diferenciados; pero éstos no agotan los supuestos posibles, y, precisamente por ello, son los defectos no comprendidos en los supuestos claramente regulados los que ofrecen más dificultades de tipificación. Estos supuestos son:

1.º Faltas que afectan al título y producen, necesariamente, la nulidad de la obligación.

2.º Faltas que afectan a la obligación y no producen, necesariamente, su nulidad.

Veamos en qué grupo se pueden incluir estas faltas, utilizando también para ello el artículo 65.

b) *Faltas que afectan al título y producen necesariamente la nulidad de la obligación.*—Dos problemas fundamentales plantea el estudio de este grupo de faltas:

1.º Si es posible, en nuestro sistema jurídico-civil, que una falta del título pueda acarrear necesariamente la nulidad de la obligación contenida en él.

2.º En el caso de que la existencia de estas faltas sea posible, averiguar si deben considerarse subsanables o insubsanables.

a') *Cuestión relativa a su existencia.*—Desde el punto de vista positivo, la existencia de este grupo de faltas debe considerarse incuestionable. La ley Hipotecaria partió precisamente de esta posibilidad para definir las faltas subsanables en el art. 65. Porque si los defectos que afectan al título no pudiesen producir en ningún caso la nulidad de la obligación, al párrafo primero del art. 65 le sobraría su última parte. La ley Hipotecaria hubiera dicho, simplemente: son faltas subsanables las que afectan a la validez del título. Pero la Ley no se ha quedado así, sino que añade: "sin producir necesariamente la nulidad de la obligación"; lo cual demuestra que para la Ley es posible esta nulidad, producida por defectos del título (1).

(1) Dicen Galindo y Escosura: "Para sostener que la ley Hipotecaria comprende en la categoría de faltas subsanables todas las que se cometan contra las formas externas del documento, necesario sería borrar las frases condicionales de los artículos 65 de la ley Hipotecaria y 57 del reglamento y sustituirlas por otras absolutas. El primero dice que son faltas subsanables las que afectan a la validez del

Ahora bien: si nos salimos del marco de nuestra ley Hipotecaria y acudimos al Código civil en busca de supuestos sustantivos, sólo podremos encontrarlos con carácter excepcional, siendo la regla general contraria a la posibilidad que estudiamos. En efecto, admitir que un defecto del título tiene virtualidad suficiente para producir la nulidad de una obligación, es tanto como afirmar que el título es elemento esencial de la obligación (1); y en nuestro sistema jurídico-civil, a partir del Ordenamiento de Alcalá, que consagró el principio espiritualista (2), los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado (art. 1.278 del C. c.). Es decir, que los títulos, en nuestro sistema civil, no son elemento esencial de la obligación, por lo cual éstas pueden subsistir cuando aquéllos desaparezcan, y aun existir cuando no hubieran sido confeccionados. Pero, como advertíamos, esta es la norma general, de la que son excepción los llamados por la doctrina contratos solemnes, en los que la forma—título—es tan importante, que el negocio no puede existir sin ella (3).

De lo que se infiere que, aunque sea con carácter excepcional, los defectos del título pueden dar lugar a la nulidad de la obligación en algunos casos: cuando se trata de contratos solemnes; v. gr.: si una escritura de constitución de hipoteca adolece de un defecto que produce su nulidad como tal escritura pública, nula será también la hipoteca (artículos 146 1. H. y 1.875 C. c.); si se pacta un contrato de capitulaciones matrimoniales sin ajustarse a la forma prescrita en el artículo 1.321 del Código civil, o, aun ajustándose a ésta, es defectuosa

título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida; luego aquí se reconocen dos cosas: que hay faltas que afectan a la validez del título, produciendo necesariamente la nulidad de la obligación, y que estas faltas no son subsanables".—*Com. a la leg. hip.*, t. II, págs. 723 y sigs.

Barrachina: "Los defectos del título pueden afectar de una manera tan íntima a la obligación, que lleven consigo su nulidad necesaria".—*Der. hip. y not.*, t. I, página 206.

Díaz Moreno: "Los títulos pueden hallarse viciados de imperfecciones, unas graves y otras leves, determinando en el primer caso una dificultad en inscribirlos, y en el segundo un obstáculo insuperable, pero que en ambos casos el vicio trasciende a la obligación, por cuanto ésta no pueda inmediatamente registrarse o no pueda registrarse nunca con el mismo título si el defecto fuese insubsanable."

(1) "Nulidad: Defecto consistente en la carencia total de uno de los requisitos esenciales para la existencia".—De Diego.

(2) "Sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro o hacer contrato con él".—Ley única, tit. XVI.

(3) Cfr. S. del T. S., 10 marzo 1912.

—nula—la escritura, nulas serán las obligaciones en él establecidas.

Demostrada la posibilidad de que las faltas del título produzcan de modo necesario la nulidad de la obligación, en algún caso, y sin perjuicio de que después insistamos en esta cuestión refiriéndonos a los contratos no solemnes, vamos a estudiar lo relativo a la calificación de este grupo de faltas.

b') *Cuestión relativa a su calificación.*—Ya vimos que el artículo 65 de la ley Hipotecaria, no refiriéndose de un modo concreto a las faltas que afectan al título y producen necesariamente la nulidad de la obligación, puede producir la duda respecto a si deben calificarse tales defectos de subsanables o de insubsanables. Sin embargo, la catalogación de las mismas puede inferirse, a nuestro juicio, sin mucha dificultad, del artículo citado. En efecto, si para ser subsanable una falta es preciso, según decíamos anteriormente, que afecte al título y que no produzca necesariamente la nulidad de la obligación (art. 65, p. 1.º ley Hipotecaria), si estos dos requisitos no concurren y la falta existe, será necesario incluirla en el otro único grupo de faltas reconocidas por la Ley; es decir, habrá de considerarse como insubsanable. Y habrá de ser así no sólo atendiendo al párrafo primero del art. 65 y aplicando el principio *inclusio unius exclusio alterius*, sino teniendo en cuenta el párrafo tercero del mismo artículo, según el cual son faltas no subsanables las que produzcan la nulidad de la obligación, cualquiera que sea su procedencia. “No tan sólo—como dicen Galindo y Escosura—las que la produzcan por afectar a las circunstancias que ha de reunir el contrato para su validez, sino todas las que la produzcan, encuéntrense en el contrato o en el instrumento que lo contiene” (1).

Queda, pues, dilucidado lo relativo a la existencia de faltas que afectan al título y producen necesariamente la nulidad de la obligación y su calificación. Pero cuando estudiábamos el primer problema llegamos a la conclusión de que, cuando se trataba de contratos solemnes, la nulidad del título producía la nulidad de la obligación, y aplazamos entonces el estudio, a este respecto, de los contratos no solemnes, para hacerlo ahora, después de habernos ocupado de la calificación.

c') *Las faltas de forma en los contratos no solemnes.*—Ya anticipábamos que, atendiendo al criterio de nuestro Código civil (artículo 1.278), la nulidad del título en los contratos no solemnes no lleva aparejada la nulidad de la obligación, pues en ellos “la fuerza obliga-

(1) Ob. y loc. cits.

toria no depende de su otorgamiento" (1). Este sistema, que parecía superado por la técnica jurídica moderna, ha sido ratificado en toda su pureza por la Ley de 1.º de abril de 1939, cuyo artículo 3.º se ocupa de la cuestión que estudiamos (2) y considera en su preámbulo que "el criterio formalista que impone la declaración de nulidad de los actos y documentos (1) por infracción de los requisitos de forma, es arcaico e incompatible con el imperio de la voluntad como norma creadora del derecho".

Siendo esto así, lo más lógico es pensar que el primer cuidado del Registrador al calificar un título será averiguar si se halla o no ante un contrato solemne (3), para saber, en consecuencia, con qué rigor debe atender a la forma. Por ejemplo: se presenta en el Registro un contrato de constitución de censo enfítéutico, en la cual el Notario autorizante, en lo relativo a la fe de conocimiento, se limita a afirmar que no conoce a los otorgantes; el Registrador califica de insubsanable la falta, aduciendo, para fundamentar su criterio, que la escritura es nula por disposición del párrafo tercero del art. 27 de la Ley Orgánica del Notariado, y que sin escritura pública no puede constituirse válidamente la enfiteusis (art. 1.628 C. c.). Pero supongamos que no se trata de un contrato solemne, sino consensual: una compraventa en la que concurren las mismas circunstancias que en la constitución del censo enfítéutico a que antes nos referimos. Si hubiéramos de atenernos a las razones y preceptos expuestos anteriormente, como los defectos del título no afectan a la obligación, en este tipo de contratos la falta debería calificarse de subsanable. Y, sin embargo, la Dirección General ha considerado que en este caso procede denegar la inscripción, por ser insubsanable el defecto (4). De igual modo se estima insubsanable la falta que supone el que el Notario intervenga en una compraventa como

(1) Cfr. sentencia T. S. de 27 enero 1909. En el mismo sentido, entre otras sentencias, 4 julio 1899, 19 enero 1904, 12 julio 1904, 4 febrero 1905, 20 octubre 1908, 17 abril 1909, 21 diciembre 1928.

(2) "Los defectos de forma padecidos en los documentos notariales *intervivos* podrán ser subsanados por el Notario autorizante o a instancia de la parte que los hubiere originado, por medio de un acta notarial en que se haga constar el defecto, su causa y la declaración que lo subsana. Si por fallecimiento o por transcurso del tiempo, fuera imposible hacer la subsanación, se podrá obtener por cualquier medio de prueba admitido en Derecho y mediante el procedimiento judicial correspondiente."

(3) La distinción no siempre sería fácil, pues la doctrina no señala con unanimidad cuántos y cuáles son.

(4) Resoluciones 17 enero 1876, 19 abril 1880.

autorizante y como vendedor (1). Y los comentaristas de nuestra ley Hipotecaria consideran faltas insubsanables—entre otras menos interesantes para nuestro estudio—la de no estar firmada y signada la matriz, la falta de competencia del Notario autorizante, el no hallarse redactada en castellano una escritura otorgada en España, etc. (2).

En los supuestos enumerados se atiende, para calificar de insubsanables: las faltas, al hecho de que produzcan la nulidad del título; pero esta doctrina se halla en flagrante contradicción con el art. 65 de la ley Hipotecaria, ya que se califican de insubsanables defectos que no producen necesariamente la nulidad de la obligación.

No ha faltado quien busque justificación a este criterio: Galindo y Escosura, refiriéndose a los títulos que contienen alguna disposición a favor del Notario, dicen: "Declara el art. 27 de la Ley del Notariado la nulidad de las escrituras, y aun cuando pudiera decirse que la obligación o el acto eran en sí válidos porque producían efectos si se extendiese otro documento que no autorizase el Notario favorecido, ya hemos dicho que la obligación volvería a contraerse de nuevo; pero, mientras conste sólo en la escritura defectuosa, no tendría fuerza coactiva, ni el documento que la contuviese podría ser anotado ni subsanado" (3). Este razonamiento es inadmisible, dado con carácter general: si se trata, por ejemplo, de una compraventa, la escritura será nula, mas ello no impide que el contrato siga siendo tan válido como antes, y tendrá, ¡qué duda cabe!, fuerza coactiva; no como escritura, que no existió nunca, sino como contrato privado; y el Notario comprador podrá exigir que se le entregue la cosa comprada; y, aun en contra de la voluntad del vendedor—lo que demuestra la subsistencia del contrato primitivo—, podrá exigir el otorgamiento de nueva es-

(1) Resoluciones 16 mayo 1867 y 24 abril 1906.

(2) Cfr. Morell: *Com. a la leg. hip.*, III, 228 y sigs. Galindo y Escosura: Obra y tomo citados, 756 y sigs.

No conocemos que con posterioridad a 1 de abril del 39 se haya dictado ninguna resolución relacionada directamente con este problema; pero, no obstante el aparente radicalismo de la nueva ley, no podrán, a nuestro juicio, utilizarse los procedimientos subsanatorios establecidos en la misma, en algunos de los casos cuya calificación ofrecía mayores dificultades, verbigracia: falta de competencia del Notario, falta de las firmas de los otorgantes, falta de firma y signo del Notario, contener el instrumento disposiciones a favor de éste o de sus parientes. Sí podrán aplicarse a los supuestos en que el Notario no dé fe de conocimiento; pero esto no supone novedad, pues ya se regulaba en la Real orden de 13 julio 1883 y artículo 189 del reglamento notarial. El estudio detenido de la nueva ley lo aplazamos para un trabajo posterior.

(3) Ob. y t. cits., 747 y sigs.

critura (art. 1.279 C. c.) ; que no contendría un nuevo contrato, pues si tal ocurriese, sería preciso contar con la voluntad del vendedor, que, como dice muy bien el art. 1.279, puede ser *compelido* a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido—en el contrato originario—el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

Posición contraria a la de Galindo y Escosura sustenta Morell y Terry, quien toma como base para sus razonamientos el art. 57 del Reglamento Hipotecario de 1870 (1) y llega a la conclusión de que “si el defecto está tan sólo en el documento, aunque sea nulo, la falta ha de considerarse subsanable” (2). Pero, poco consecuente este autor con su radical opinión, califica después de insubsanables faltas que afectan al título, aunque él procure desplazarlas a otro lugar. Dice, por ejemplo: si en el documento no existen las firmas de los interesados, no hay acto inscribible, porque no consta el consentimiento; el acto es inexistente, y en lo que no existe no cabe subsanación (3). Esto no lo consideramos exacto: el consentimiento puede existir sin las firmas de los interesados y aun sin el documento; y si el Notario da fe de que ante él los otorgantes manifestaron su conformidad con el contenido del documento, el consentimiento consta; de no admitir como cierta la aseveración del Notario, toda la institución notarial y buena parte de la registral se vienen abajo. Se nos podrá decir, en contra, que el Notario sólo merece fe en lo que hace constar en documento público, y el documento citado no es público, porque es nulo (art. 27, p. 3.^o de la Ley del Notariado). Cierto; pero entonces la insubsanabilidad de la falta es motivada por la nulidad del instrumento (4), y esto no lo admite

(1) “Artículo 57. Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y hacer o no, en su consecuencia, una anotación preventiva según lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la ley, atenderá el Registrador a la validez de la obligación consignada en el título. Si ésta fuera nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorgan u otra causa semejante, independiente de su forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable. Si la obligación fuere válida, atendidas las circunstancias dichas, y el defecto estuviere tan sólo en la forma externa del documento que la contenga, y que se pueda reformar o extender de nuevo, a voluntad de los interesados en la inscripción, se tendrá por subsanable la falta.”

(2) Ob. y t. cits., 189.

Moscoso del Prado sostiene una posición más radical aún: “Debe considerarse insubsanable aquel defecto que, aun afectando a la validez de la obligación, pueda subsanarse por un acto posterior”.—*Trat. de leg. hip.*, pág. 63.

(3) Ob. y t. cits., 191.

(4) Oportunamente trataremos de demostrar que la falta en cuestión es insubsanable, precisamente porque el instrumento es nulo.

Morell. Y la tesis de Morell llega a hacerse absolutamente insostenible cuando el art. 57 del antiguo Reglamento es sustituido por el 118 del vigente. Ante esta reforma adopta Morell una postura derrotista y llega, en su desánimo, a afirmar que del art. 65 de la Ley y 118 del Reglamento "cada Registrador podrá sacar, atendiendo al contenido y a las formas y solemnidades del título, las consecuencias que sean más pertinentes y razonables" (1). Añade, después, que podrá seguirse sosteniendo que para que exista defecto subsanable es preciso que la falta sea independiente de la forma externa del documento, pero que, no obstante, cree que el espíritu del precepto quiso establecer como principio que las faltas insubsanables pueden derivarse también del título.

En resumen, que partiendo Morell de una posición diametralmente opuesta a la de Galindo y Escosura, llega a una solución similar, pero extremadamente imprecisa, pues nada se consigue con saber que los defectos subsanables pueden proceder del título, si no se especifica en qué casos y por qué razones ocurrirá esto. Y no puede admitirse la última advertencia que, a modo de consejo, hace Morell: Sólo deberán considerarse insubsanables las faltas de forma "cuando la Dirección, de un modo uniforme y constante, haya resuelto sobre casos especiales en los que, a su juicio, exista esa necesaria nulidad de fondo, aun derivada del título o documento" (2). Si la doctrina de la Dirección General no puede equipararse a las Sentencias del Tribunal Supremo (3), mucho menos podrá darse valor de Ley (4), que es a lo que, en definitiva, llega este autor (5).

Con lo expuesto creemos que queda demostrada la desorientación y contradicciones que reinan en la cuestión que estudiamos, sobre la que no han arrojado mucha luz las disposiciones reglamentarias ni las Resoluciones de la Dirección General (6).

Una de las causas del confusionismo existente ha sido que en la Ley y por la doctrina se emplea la palabra *subsanar* en dos sentidos,

(1) *Ob. y t. cits.*, 195.

(2) *Ibídem*, 196.

(3) Cfr. sents. 10 julio 1916 y 24 enero 1928.

(4) Cfr. J. González: *Estudios de Der. hip.*, pág. 346.

(5) Llega a solución parecida a la de Morell, Campuzano y Horma: *Elementos de Der. hip.*, 2.^a edic., t. II, págs. 52 y sigs.

(6) Compárense las resoluciones citadas anteriormente con la de 31 mayo 1878, artículo 37 del Reglamento 1870, Real orden 13 junio 1883, artículo 19 de la ley Hipotecaria y 77 del Reglamento hipotecario.

como observan Galindo y Escosura: "Unas veces en el genérico y vulgar, que expresa la posibilidad de enmienda material de los defectos de cualquier modo que se verifique, y otras en sentido técnico" (1). En la primera acepción, subsanar es tanto como componer o enmendar lo mal hecho, y subsanable, lo susceptible de ser enmendado o corregido, pero sin tener para nada en cuenta el medio empleado para la corrección o enmienda, ni sus efectos. El sentido técnico de las palabras *subsanable* y *subsanar* no puede ser otro que el que se infiere del artículo 65 de la Ley y sus concordantes. Como ambas acepciones no coinciden y es la primera mucho más amplia que la segunda, se ha podido hablar en la doctrina de defectos absoluta y relativamente insubsanables (2). Y esta duplicidad de conceptos ocasionó graves confusiones, principalmente en algunas resoluciones antiguas, en las que se *deniega* la inscripción de un título por adolecer de defectos subsanables (3), o no se permite la anotación preventiva de un título susceptible de ser subsanado (4). A nosotros nos interesa únicamente la acepción técnica de subsanabilidad, pues sólo atendiendo a este concepto se producen los efectos del art. 65 de la ley Hipotecaria.

Concretada la terminología, y ante la insuficiencia del art. 65 para averiguar la especie de faltas a que corresponden las que afectan al título y producen su nulidad, habrá que indagar en los fundamentos de nuestro sistema y atender a los efectos que la inclusión de una falta en uno y otro grupo produce, para lograr su concepto.

Desde el punto de vista histórico, la Real Orden de 23 de septiembre de 1862 nos indica cómo se pensaba inmediatamente de publicarse la Ley con relación a este problema. En él se daba un concepto de las faltas subsanables, diciendo que son "las que consistan en no expresar las circunstancias que, según la Ley, debe contener la inscripción, *siempre que el documento sea válido*". Se establece, pues, la necesidad de que el documento sea válido para que el defecto pueda calificarse de subsanable; de lo cual se infiere que si el documento es nulo, la falta es insubsanable. No puede considerarse esta disposición, ni por su rango ni por su fecha, suficiente para decidir la cuestión, pero no ocurre otro tanto con el art. 3.^º de la ley Hipotecaria, fundamental en nuestro sis-

(1) Ob. y t. cits., 767.

(2) Morell: Ob. y t. cits., 271.

(3) Resoluciones 17 febrero 1880 y 22 diciembre 1875.

(4) Resolución 16 septiembre 1863.

tema. Este artículo, por razones que no hemos de examinar, impone, para que pueda inscribirse un título en el Registro, su consignación en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico. Y si la escritura —o documento de cualquier clase—es nula, no es escritura ni puede inscribirse sin infringir el taxativo mandato del art. 3.º. Podría objetarse que, calificada de subsanable una falta, no se inscribe el título, sino que se anota preventivamente; y la Ley permite las anotaciones mediante documentos no comprendidos en el art. 3.º. Cierto; pero así ocurre, excepcionalmente, cuando la Ley lo autoriza, y estamos seguros que ningún Registrador practicará un asiento en virtud de un documento privado, sin tener un precepto legal que específicamente autorice aquél asiento por tal medio. Luego, ateniéndose al art. 3.º, cuando los títulos adolezcan de un defecto que produzca necesariamente su nulidad, habrá de calificarse la falta de insubsanable, puesto que ni podrá inscribirse ni anotarse preventivamente.

A esta interpretación—de que la nulidad del título da lugar a falta insubsanable—, aunque sin generalizarla y a veces por caminos extra-aviados, llegan algunos de los intérpretes de nuestra ley Hipotecaria. Ya hemos visto cómo Morell, enemigo en principio de esta posición, la acepta en casos particulares. Aunque con fundamento equivocado, pero de modo más general, son partidarios de ella Galindo y Escosura. Y también la aplica a casos particulares, aunque no la mantenga íntegramente, Barrachina (1).

En la última parte de este trabajo insistiremos en la solución a que hemos llegado, para fundamentarla.

c) *Faltas que afectan a la obligación, sin producir necesariamente su nulidad.*—La existencia de este grupo de faltas presenta menos dificultades que la del anteriormente estudiado, puesto que lo resuelve el Derecho civil, aunque con técnica imprecisa, hasta tiempos muy recientes. La doctrina jurídica y jurisprudencia modernas distinguen dos

(1) “Si el Notario no tenía fe en el lugar donde se otorgó la escritura; si aun teniéndola, no concurrieron a su formalización los testigos en el número prevenido, la enfermedad es mortal de necesidad, la falta es insubsanable... El criterio más seguro para distinguir las faltas insubsanables de las subsanables que afectan al título está en las condiciones que debe revestir éste; impuestas por la ley bajo pena de nulidad en el primer caso, y sin semejante sanción en el segundo”—Ob. y t. citados, 208.

Con mayor generalidad dicen Beraud y Lezón: “Cuando la falta produce la nulidad del instrumento es insubsanable, porque ni puede reformarse él ni la falta enmendarse extendiendo otro nuevo”—*Leg. hip.*, II, 44.

especies de ineficacia o invalidez del negocio jurídico: nulidad y anulabilidad (1). La primera impide al negocio producir sus efectos propios y significa que se celebró el contrato con ausencia total de alguno o algunos de los requisitos esenciales del mismo, mientras que el negocio anulable produce el efecto a que se dirige, por cuanto contiene los requisitos esenciales del mismo; pero, en virtud de estar afecto alguno de sus elementos de un vicio, el negocio puede ser impugnado, con la consecuencia de ser declarado nulo (2). Luego si, en los casos de simple anulabilidad, el defecto no produce de modo necesario la ineficacia del negocio, puesto que puede éste purgar sus defectos por confirmación o prescripción sanatoria, nos hallaremos ante supuestos susceptibles de ser incluidos en el grupo de faltas que estudiamos.

Lo que ofrece algunas dificultades es la calificación de tales defectos: el art. 65 de la ley Hipotecaria no se refiere de forma concreta a ellos, aunque del mismo puedan obtenerse conclusiones interesantes: por lo pronto, puede afirmarse que cuando la falta no anula la obligación, no puede calificarse de insubsanable sin infringir el párrafo tercero del precepto citado. Y siendo así, hay que optar por una de estas dos soluciones: o la falta es irrelevante desde el punto de vista registral, o debe ser calificada de subsanable. Lo primero no nos parece aceptable, pero es preciso reconocer que algunas resoluciones del Centro directivo, y aun ciertas disposiciones reglamentarias, dan pie para llegar a esta solución.

Las resoluciones y preceptos a que acabamos de aludir se refieren a los negocios jurídicos concluidos por mujer casada, sin licencia marital, en los supuestos en que ésta es necesaria para la plena eficacia del negocio. No obstante el carácter anulable de los mismos (arts. 61, 62 y 65 del C. c.), tiene resuelto la Dirección General que el defecto en cuestión no es subsanable ni insubsanable..., y el título debe inscribirse, cuidando de que en el asiento aparezca claramente la falta de licencia marital (3). A la misma solución puede conducir el párrafo tercero del art. 169 del vigente Reglamento Notarial. No faltan resoluciones en que se considere que no se hallan tales títulos extendidos

(1) Respecto a la cuestión terminológica, cfr. Pérez y Alguer: *Anot. al trat. de Derecho civil de Enneccerus*, I, 2.^o, 362; y Castán: *Der. civ. (Notarías)*, 2.^a edición, II, 148.

(2) Cfr. sents. 25 abril 1924 y 30 noviembre 1909.

(3) Resolución 22 agosto 1894. En el mismo sentido, resoluciones 25 agosto 1911 y 15 diciembre 1933.

con arreglo a las solemnidades legales (1), pero éstas difícilmente podrán repetirse, una vez vigente el Reglamento de 8 de agosto de 1935.

Esta doctrina, que considera inscribibles los contratos realizados por la casada sin licencia, nos parece muy peligrosa (2). Va, desde luego, contra principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario, y concretamente contra el de legalidad. Podrá aducirse en contrario que basta para proteger los derechos de terceros adquirentes con que en la inscripción conste la falta de licencia. Pero mediante sucesivas generalizaciones de este argumento se llegaría a admitir en el Registro cuanto próxima o remotamente pudiera llegar a ser válido, aunque en el momento de la inscripción no lo fuese, sin más que hacer constar en él el defecto. Con ello, además, se recargaría extraordinariamente el contenido del Registro, llevándonos a un sistema cercano al de transcripción en pugna con los propósitos de la ley Hipotecaria y con las modernas corrientes.

Por ello consideramos lo más acertado estimar la falta de licencia marital y en general los defectos confirmables—supuestos de anulabilidad—como faltas subsanables, pudiendo servir de base a esta conclusión la interpretación analógica del art. 65 de la ley Hipotecaria, si cuando otro defecto—el del título—no produce necesariamente la nulidad de la obligación, es calificado de subsanable, hay qué suponer que este efecto no es un privilegio odioso de esta especie de faltas, sino que todas—afecten al título o a la obligación—las que no produzcan la nulidad de la obligación, han de considerarse subsanables.

d) *Clasificación de las faltas.*—Como resumen de lo expuesto hasta aquí, consideramos que puede hacerse la siguiente clasificación de las faltas, desde el punto de vista registral:

A) Faltas que afectan al título:

- a) Sin producir necesariamente su nulidad ni la de la obligación: subsanables.
- b) Produciendo necesariamente la nulidad del título: insubsanables.
- c) Produciendo necesariamente la nulidad de la obligación (3): insubsanables.

(1) Cfr. resoluciones 29 marzo 1901 y 21 abril 1908.

(2) Véase su crítica en la Rev. CRÍT. DE DER. INMOB., por Antonio Ventura, año 1941, y Morell, ob. y t. cits., 255.

(3) Podría discutirse si este grupo de faltas afectan al título o a la obligación.

B) Faltas que afectan a la obligación:

- a) Produciendo necesariamente su nulidad: insubsanables.
- b) Sin producir necesariamente su nulidad: subsanables.

III

LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN

El tantas veces repetido art. 65 de la ley Hipotecaria, además de definir las faltas subsanables y las insubsanables, señala las consecuencias que la calificación produce. Si el título contuviere alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva si la solicita el que presente el título; pero si la falta fuere insubsanable, se denegará la inscripción sin poder verificarse la anotación preventiva.

La simple observación de los párrafos transcritos da a conocer la gran trascendencia que tiene el calificar un defecto de una u otra forma: cuando el defecto es calificado de insubsanable, la protección registral no se produce, y el derecho vive privado de las garantías que la ley Hipotecaria quiso establecer. Si la falta es subsanable, el derecho puede anotarse preventivamente, y con ello, las protecciones registrales desarrollan su energía y cumplen su fin, aunque sea de modo provisional.

Pero si la ley Hipotecaria se propuso proteger a los derechos reales inmobiliarios, hay que pensar que siempre que se niegue la protección registral a un derecho, habrá de ser porque en él no concurren los presupuestos necesarios para que aquella protección se efectúe, o lo que es lo mismo, se negará el ingreso en el Registro a todo derecho que no sea real e inmobiliario. Es, por ello, grave el defecto de nuestra ley hablar de validez o nulidad de títulos o de obligaciones, cuando en realidad lo único interesante es la validez o nulidad del derecho real cuya inscripción se pretende. Lo que el Registrador califica propiamente—dicen Pérez y Alguer—es la validez de la modificación real efectuada, respecto de la cual la validez de las obligaciones es sólo uno de los factores a examinar, pero no el factor exclusivo (1).

puesto que la forma es esencial; pero desde el punto de vista práctico, preferimos considerar el defecto del título, puesto que en él tiene su origen.

(1) Ob. cit., III, 1.^o, 185.

¿Cuáles son los supuestos o requisitos necesarios para el nacimiento de los derechos reales?

Sin el propósito de profundizar en el problema, y mucho menos entrar en la cuestión tan debatida del título y el modo, es preciso reconocer que en nuestro derecho la adquisición y transmisión de los derechos reales no tiene lugar por efecto del solo consentimiento que integra el contrato obligatorio, sino que es menester la tradición real o fingida (arts. 609, 1.095 y 1.462 del Código civil) (1). Hay que distinguir el supuesto de hecho, que sirve de fundamento a la pretensión dirigida a la transmisión del derecho real—el contrato—y el hecho de la adquisición misma de tal derecho—tradición o entrega—, y sólo cuando ambos elementos concurran habrá nacido el derecho real.

Al publicarse la ley Hipotecaria pensaron algunos autores que la tradición como elemento necesario para la constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles había sido sustituida por la inscripción en el Registro (2); pero esta posición es inadmisible, pues al Registro van, normalmente, las modificaciones de la situación real consumadas ya fuera de él (3). Seguirán siendo, pues, los dos elementos citados—contrato y tradición—los supuestos cuya validez habrá de apreciar el Registrador en su calificación para dictaminar si el derecho real ha nacido o no es aún más que una posibilidad.

Para apreciar la validez o nulidad del contrato, bastará con que el Registrador tenga presentes las normas generales y especiales que el Código civil le proporciona. Y en lo que se refiere a la tradición, si el contrato se halla consignado en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega, si de la misma escritura no se dedujere claramente lo contrario (art. 1.462, párrafo 2.º del C. c.). Luego, en los casos de tradición instrumental, de rancio abolengo en nuestro Derecho (4), la validez del contrato y de la escritura producen el nacimiento del derecho real, y “una vez comprobados los requisitos y supuestos

(1) Ibídem, I, 2.º, 4; III, 1.º, 361; III, 2.º, 45 y 73.—De Diego: *Instituciones*, I, 334.

(2) Cfr. Azcárate: *Historia de Der. de prop.*, III, 239, y Oliver: *Der. inmobiliario*, I, 861.

(3) Pérez y Alguer: *Ob. cit.*, III, 1.º, 210.

(4) “Dando algún ome a otro heredamiento, o otra cosa cualquier apoderándole de las cartas por que la el ouo, o faciendo otra de nuevo, e dandogela, gana la posección manger non le apodere de la cosa dada corporalmente”.—Part. 3.ª, tit. XXX, ley 8.ª.

necesarios, el Registrador debe proceder a la inscripción" (1), si no surgen obstáculos del Registro (2). Y creemos que la misma situación se producirá cuando en lugar de hallarse ante una escritura pública, se presente en el Registro un documento público inscribible (art. 3.^o de la ley Hipotecaria).

Es indudable, según lo dicho, que el otorgamiento de la escritura supone la tradición si de aquélla no se deduce lo contrario (3); pero podrá afirmarse que sin escritura falta siempre la tradición? Indudablemente, no. La tradición instrumental del párrafo 2.^o del art. 1.462, no es más que una forma excepcional, siendo la regla general la tradición real del primer párrafo de dicho artículo. De acuerdo con esto, no bastaría para negar la entrada de un derecho en el Registro con la nulidad de la escritura, pues el derecho real puede existir sin ella. Pero no debe olvidarse que el "Registrador no puede proceder a la inscripción si no se le facilitan en la forma oportuna las pruebas de los requisitos necesarios para la inscripción" (4), y esta prueba sólo puede producirse en nuestro sistema, por regla general, por "títulos cuya autenticidad aparezca desde luego" y "no dejen dudas de su legitimidad" (exposición de motivos). Es decir, mediante documentos públicos. Por ello, si el título es nulo, aunque la tradición puede haberse consumado y por ello existir el derecho real, no podrá ingresar en el Registro, porque falta la prueba de este requisito, y en derecho, lo no probado carece de valor.

De lo dicho se infiere que atendiendo a los principios fundamentales, inspiradores de nuestro sistema, sólo serán inscribibles los derechos cuando el contrato sea válido y conste en documento igualmente válido. Y que la nulidad de cualquiera de estos elementos debe llevar aparejado el cierre del Registro para el derecho defectuoso. Y como negar la entrada de un título en el Registro supone calificar de insubsanable la falta de que adolece, resultará que esta calificación se producirá cuando el contrato o el título vengan afectados de un defecto que de modo

(1) Pérez y Alguer: *Ob. cit.*, III, 1.^o, 187.

(2) Ibídem.

(3) "Si se otorga escritura de compraventa de un inmueble o derecho real y de ella resulta que el otorgamiento no equivale a la entrega, la escritura no tendrá la consideración de título inscribible con arreglo al artículo 2.^o ley Hipotecaria y 18 Reglamento hipotecario".—Pérez y Alguer, *ob. cit.*, III, 1.^o, 185.

(4) Ibídem, 186.

Dice Aragónés: "Para que proceda una inscripción es necesaria la concurrencia de dos requisitos: uno la existencia de un derecho registrable; otro, la prueba auténtica y fehaciente de este derecho."

necesario produzca su nulidad. Pero cuando el defecto no anule necesariamente ni el título ni la obligación, como el derecho real se halla integrado por sus elementos esenciales, la protección registral deberá producirse.

En resumen, el Registrador al calificar se plantea y resuelve—ya lo decíamos antes—el problema de si el derecho real existe o no. Si lo primero, el Registro presta la protección al derecho que a él se acoge; no importa, en principio, que adolezca de algún defecto—falta subsanable—si éste no impide su existencia; en derecho, lo que es, lo que existe, produce efectos mientras no deja de ser. Pero el defecto puede afectar, no a la existencia de un derecho, sino a su subsistencia, y al derecho en peligro, al amenazado de muerte, no se le puede dar una garantía definitiva de vida—inscripción—; basta con reconocer su existencia amenazada—anotación preventiva—. Y esto, sin perjuicio que si la amenaza llega a cumplirse, lo que era deje de ser. Si el derecho real carece de uno de los supuestos necesarios—falta insubsanable—, no ha nacido, y como no existe, no puede tener lugar la protección por falta de objeto protegible.

JOSÉ POVEDA MURCIA

Aspirante al Cuerpo de Registradores
de la Propiedad

La ejecución procesal en la ley Hipotecaria (*)

IV

LOS PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN

1. Referentes al Juez: su competencia.—2. Referentes a las partes: capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación, poder de postulación.

Como todas las formas jurídicas de tutela procesal, el procedimiento para la efectividad de los créditos hipotecarios está sujeto, en cuanto a su admisibilidad, a determinadas condiciones o requisitos establecidos por la ley. Desde el momento en que tales requisitos o condiciones se refieren, no ya a la admisibilidad de determinados *actos concretos* o determinados *períodos en la tramitación*, sino que hacen depender de ellos el proceso sobre el fondo *considerado como un todo*, podemos hablar aquí también de *presupuestos procesales* de la ejecución en materia hipotecaria.

Antes de examinar en concreto el desarrollo del procedimiento, conviene detenerse, por tanto, en el estudio de estas condiciones generales, cuya existencia vincula la eficacia jurídica de las ulteriores actuaciones singulares. Y analizando los requisitos que en los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria revisten el carácter de presupuestos del proceso de ejecución, nos encontramos con que son susceptibles de agruparse en las categorías señaladas por la doctrina procesal y que los clasifica en: presupuestos referentes al *Juez*, referentes a las *partes* y referentes al *objeto del proceso* (1). Siguiendo esta división en sus líneas generales, nosotros indicaremos los presupuestos que se refieren a los *sujetos* del procedimiento, a su *objeto* y al *título ejecutivo* (2).

1. *Juez competente* para conocer de la ejecución sobre bienes hipotecados en el procedimiento de la ley especial, lo es “cualquiera que sea la cuantía de la obligación, el de primera instancia a quien se

(*) Véase número anterior.

(1) Rosenberg, ob. cit., pág. 261. Los presupuestos que se relacionan con la *admisibilidad del procedimiento* elegido en particular no tienen, lógicamente, aplicación aquí.

(2) Puede dudarse si el Juez es propiamente un sujeto del proceso o no; pero en el caso actual no creemos que la no solución de este problema induzca a graves confusiones.

hubieren sometido las partes en la escritura de constitución de la hipoteca; en su defecto, el de primera instancia del partido en que radique la finca, y si ésta radicase en más de uno, lo mismo que si las fincas fuesen varias y radicaran en diferentes partidos, el Juez de primera instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante" (art. 131, regla 1.^a).

Para hacer el debido análisis y crítica de este precepto es preciso descomponerlo en los diversos supuestos que contiene y ver qué aplicación se hace en ellos en los criterios *normales de determinación de la competencia* y en qué medida se recogen *las causas de modificación de estos criterios*, estudio que nos permitirá dar un cuadro completo del régimen ordenado en la ley Hipotecaria para fijar la competencia del Juez a quien corresponde conocer de la ejecución.

A) Veamos, pues, primeramente en qué medida han sido recogidos aquí los criterios normales utilizados por el derecho procesal civil como motivos determinantes de la competencia del órgano judicial. Tales criterios normales son tres fundamentalmente, según se sabe: el *objetivo*, el *funcional* y el *territorial*. Por el primero, la naturaleza de la cuestión jurídica debatida sirve de causa divisoria de los litigios; por el segundo, el grado o jerarquía de los Tribunales; por el tercero, en fin, la distribución geográfica de éstos y la asignación a cada uno de una zona territorial en la que ejercen sus funciones.

a) A su vez, el criterio *objetivo* puede desdoblarse en otros dos que hacen referencia, respectivamente, a la *materia* y al *valor* o la *cuantía*. Se atiende a la *materia* cuando por razón de la índole del pleito se fija la competencia de un órgano judicial (ejemplo: el número 3 del art. 483 de la ley de Enjuiciamiento); se aplica el criterio del *valor* cuando es el importe económico del objeto material del litigio, expresado numéricamente, el que sirve de base legal a la intervención en un asunto de un Juez o una serie de Jueces determinados (ejemplo: núm. 1 del art. 483, arts. 484 y 486, etc.).

En el procedimiento hipotecario el criterio *objetivo* referido a la *materia* no encuentra aplicación, y ello es lógico, dado que todos los supuestos que encajan aquí tienen idéntica naturaleza y no cabría por tanto hacer una división interior de ellos fundada en este motivo⁽¹⁾.

(1) El mismo procedimiento es en sí un caso de aplicación de este criterio *objetivo*, ya que es la *naturaleza hipotecaria* del crédito la que decide la intervención de un Juez que, posiblemente, según las reglas normales, no sería competente.

Objetivamente, se trata siempre de la actuación de un derecho del mismo carácter; el crédito garantizado con hipoteca, y no cabe, como antes vimos, la extensión de los trámites del art. 131 a hipótesis que sean de índole diferente.

Pero también el criterio objetivo fundado en la *cuantía* ha sido excluido por la ley, y esto exige ya, a diferencia del caso anterior, una aclaración. La regla 1.^a del art. 131, dice, en efecto, que será Juez competente el de *primera instancia*, "cualquiera que sea la cuantía de la obligación", y esto deroga la regla general vigente en nuestro sistema procesal, a tenor de la cual "toda cuestión entre partes cuyo interés no excede de 1.000 pesetas, se decidirá en juicio verbal" (art. 486 de la ley de Enjuiciamiento civil), siendo competente en éstos, como se sabe, el *Juez municipal*.

Se ha criticado la determinación de la competencia a favor, en todo caso, del Juez de primera instancia, porque en alguna hipótesis la intervención del Juez municipal pudiera suponer el seguimiento de unos trámites de menor dificultad y dispendio aún que los que se marcan en la ley Hipotecaria. Tal fué la opinión de Bugallal durante la discusión parlamentaria de la reforma de 1909 (1). Pero es evidente que dado el carácter potestativo del procedimiento (2), el acreedor conserva expedita la vía del juicio verbal cuando el crédito cuya efectividad reclama no excede de 1.000 pesetas y él estima que este procedimiento resulta más conveniente para sus intereses (3), y, por otra parte, admitir la competencia del Juez municipal, no ya en un proceso verbal, sino para la tramitación de la ejecución especial hipotecaria no sería seguramente, dadas las garantías que la actividad de este órgano ofrece entre nosotros, una mejora cierta del procedimiento.

En puro derecho positivo, ha de afirmarse, en consecuencia, que el criterio objetivo, ni en atención a la materia ni a la cuantía, determina, dentro del proceso de la ley Hipotecaria, un motivo de atribución de competencia al órgano judicial.

b) El criterio *funcional* recibe una aplicación análoga a la que encontramos en el régimen del proceso civil. La división de los Jueces y Tribunales en varios órdenes jerárquicos lleva consigo, en el segui-

(1) Higueras: Ob. cit., pág. 36.

(2) En el sentido antes indicado; supra I, 2, B.

(3) Así lo hizo notar en dicha discusión el miembro de la Comisión Guzmán.

miento de esta norma funcional, que un asunto sea visto en primer término ante el órgano jurisdiccional a quien corresponde la decisión en primera instancia, y caso de recurso, ante el Juez o Tribunal, a quien esté subordinado el que haya conocido en ella (art. 61 de la ley de Enjuiciamiento civil *a sensu contrario, in fine*).

No hay ninguna especialidad que señalar en esto con respecto a las disposiciones de la ley Hipotecaria: el Juez competente es, en todo caso, el de primera instancia, y esto supone, no sólo una delimitación frente a los Jueces municipales, punto que acaba de indicarse, sino asimismo con relación a las Audiencias cuya intervención en primera instancia, en estricta aplicación en este caso del criterio funcional, debe estimarse excluida. En cuanto al régimen de las *apelaciones*, la ley, aun al permitirlas expresamente (v. g., art. 131, regla 4.^a, último párrafo) no indica el órgano competente para entender en ellas, ni es preciso tampoco, pues no hay motivo en esta hipótesis para establecer modificación alguna del régimen general.

c) Tenemos, pues, hasta ahora fijada la competencia del Juez de primera instancia para entender en el procedimiento de la ley Hipotecaria; pero ello no es bastante. De todos los Jueces de primera instancia, ¿cuál será en un asunto determinado el que pueda intervenir con exclusión de los demás? Para saberlo, es preciso acudir a un tercer criterio que concurra con los dos anteriores, el criterio *territorial*.

En su virtud, la relación de índole espacial (territorial) existente entre un determinado Juez y las personas que intervienen en el litigio o las cosas que son objeto de él o las relaciones jurídicas discutidas, sirven de fundamento a la competencia de dicho Juez con preferencia a los restantes (ejemplos: el "forum domicili", núm. 1 del artículo 63; el "forum adimplendi contractus", incluido en el número 1 del art. 62, etc.).

Para la ley de Enjuiciamiento civil la naturaleza "real" del derecho debatido en el proceso (según la terminología empleada, la naturaleza "real" de la "acción"), cuando el objeto sobre que el derecho recae pertenece a la categoría de los *bienes inmuebles*, es motivo determinador de la competencia del Juez del lugar en que el inmueble en litigio está situado (1). Ahora bien, sin discutir ahora la índole propia de la acción que se ejercita en el procedimiento para la

(1) *Forum rei sitae*, artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, número 3.^o

efectividad de los créditos hipotecarios, ni tampoco la naturaleza jurídica de la *hipoteca* misma, podemos afirmar que al ser ella calificada legalmente como una “acción hipotecaria” que se ejercita “directamente contra los bienes hipotecados” (art. 129 de la ley Hipotecaria) entra en el grupo de “acciones reales”, reconocido por el texto procesal civil, y, en consecuencia, si no hubiese norma expresa sobre ello, sería Juez competente, en virtud de la aplicación del criterio territorial, el del lugar donde estén sitos los bienes hipotecados contra los que se dirige la ejecución (1).

Esto mismo es lo que dispone explícitamente para el caso la regla 1.^a del art. 131 al decir que será Juez competente, en defecto de su misión, “el de primera instancia del partido *en que radique la finca*”. Puede suceder que haya varios órganos jurisdiccionales en tal situación, bien porque la finca se halle enclavada en territorios pertenecientes a diversos partidos judiciales, bien porque los inmuebles hipotecados sean varios y en diferentes partidos también; en esta hipótesis, la regla transcrita establece la competencia del Juez de primera instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante, reflejo fiel de la solución que da a idéntico problema el párrafo segundo, número 3 del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil (2).

3. Hasta aquí la aplicación de los criterios normales que determinan la competencia en nuestro régimen procesal. Veamos ahora la influencia, dentro del procedimiento hipotecario, de los posibles motivos modificadores de dichos criterios. Dos de ellos nos interesan aquí especialmente: la llamada *conexión y continencia de causas* y la *sumisión*.

a) Fundamentalmente, la *conexión y continencia de causa* opera en un proceso civil ordinario como alteración de las reglas norma-

“En los juicios en que se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles será Juez competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa.”

(1) Recientemente, Carmelutti (“Natura giuridica della hipoteca”, en *Rivista di Diritto Prozesuale Civile*) ha intentado demostrar que la característica de la hipoteca, lejos de consistir en su carácter *real*, está constituida por una especialidad procesal: la de la acción que se formula para exigir su efectividad. Este punto de vista, al que más tarde aludiremos, no destruye la argumentación expuesta aquí, que se refiere de modo principal a la técnica dominante en nuestro derecho positivo.

(2) “Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes jurisdicciones, será Juez competente el de cualquiera de los lugares en cuya jurisdicción estén sitos los bienes, a elección del demandante.”

les sobre competencia, en el sentido de que hace entender en un litigio a un Juez que, no obstante no tener motivo de intervención, según los criterios antes indicados, conoce de otro pleito que se halla en una especial relación, fijada por la ley, con el nuevo; de este modo, y en virtud de la *acumulación*, se extiende la competencia del órgano jurisdiccional. Casos de esta índole podemos encontrar en la *acumulación de acciones* (modificación de las reglas sobre la cuantía, art. 155), en la *reconvención* (el mismo efecto, art. 63, núm. 4), y, sobre todo, en la llamada *acumulación de autos* (arts. 160 a 187 de la ley de Enjuiciamiento civil).

Pero ya en el propio texto de la ley de Enjuiciamiento encontramos, con referencia a este problema de las acumulaciones, una excepción expresa del régimen normal en el caso de la ejecución hipotecaria. Según el art. 166, "no procederá la acumulación de los juicios ejecutivos entre sí ni a un juicio universal cuando sólo se persigan los bienes hipotecados, salvo el caso previsto en el art. 133 de la ley hipotecaria". Esta disposición no rige para el procedimiento de los artículos 129 a 135, que no existía cuando se publicó la ley procesal civil (1), ya que ella habla sólo de los "juicios ejecutivos", y éste es el nombre de un procedimiento típico y especial de los que conoce nuestro derecho positivo (2). Pero en el procedimiento del art. 131 hay que llegar a la misma solución en virtud del último párrafo del artículo 135, a tenor del cual "los autos del procedimiento sumario que establece esta ley no son acumulables entre sí, ni tampoco a los de un juicio ejecutivo, ni a un juicio universal". Desaparece, pues, aquí la eficacia de la *conexión y de la continencia de la causa* en general y en particular de la "vis atractiva" del concurso y la quiebra, reconocida en los números 3 y 4 del art. 161 de la ley de Enjuiciamiento civil (3). No son, por tanto, estas circunstancias motivo bastante para alterar la determinación de la competencia ya estudiada.

b) Sí lo es, en cambio, la existencia de un pacto de *sumisión*.

(1) La referencia que en ella se contiene al artículo 133 debe entenderse hoy hecha al 127, en la parte que trata de la suspensión del juicio en virtud de un título anteriormente inscrito.

(2) Por consiguiente, tendrá aplicación cuando el acreedor hipotecario acuda a dicho juicio cosa posible según veíamos antes, también en el caso de que su título le permita seguir la forma "sumaria" de la ejecución.

(3) También del concurso y la quiebra sobrevenidos con posterioridad a la ejecución; artículo 132, párrafo 1.º

Es necesario detenerse ahora en el examen de la naturaleza de esta figura, y únicamente, como en los casos anteriores, haremos una brevísimá indicación de las normas a ella referentes en el derecho procesal común, para fijarnos luego en la solución recogida por el texto de la ley Hipotecaria.

En nuestra legislación procesal, el acto por el que las partes declaran su voluntad de que intervenga en el conocimiento del litigio un determinado órgano jurisdiccional, produce plenos efectos jurídicos, siempre que los criterios normales cuya aplicación se trata de modificar no sean el *funcional* ni el *objetivo*, considerados como reglas de carácter absoluto y no incluidas, por tanto, en la esfera de poderes dispositivos de las partes. Así, pues, es la distribución *territorial* hecha por la ley la única que válidamente pueden los sujetos del proceso pretender alterar en sus convenciones o en su declaración. La *eficacia* de la sumisión la encontramos en el art. 56, párrafo primero de la ley de Enjuiciamiento civil (1), la *limitación* de la misma en el párrafo segundo del citado artículo (2), las *formas* que la sumisión puede revestir, por último—expresa y tácita—, en los artículos 57 y 58 (3). Veamos la solución que a estos tres puntos da la regla 1.^a del art. 131:

a') Está reconocido el *efecto* propio de la sumisión—fijación por una declaración de voluntad privada de la competencia de un Juez—al decirse que lo será “el de primera instancia a quien se hubiesen sometido las partes en la escritura de constitución de la hipoteca”; la determinación *legal* de la competencia que se indica a continuación tiene valor tan sólo, como el propio artículo establece, “en defecto” de dicha sumisión. El problema de la admisibilidad de ésta ha de resolverse, por tanto, afirmativamente, en principio, lo mismo que en otro tipo cualquiera de proceso civil.

(1) “Será Juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase aquel a quien los litigantes se hubiesen sometido expresa o tácitamente.”

(2) “Esta sumisión sólo podrá hacerse a Juez que ejerza jurisdicción ordinaria y que la tenga para conocer de la misma clase de negocios y en el mismo grado.”

(3) Art. 57. “Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados, renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el Juez a quien se sometieren.” Art. 58: “Se entenderá hecha la sumisión tácita: 1.^a, por el demandante, en el mero hecho de acudir al Juez interponiendo la demanda; 2.^a, por el demandado, en el hecho de hacer, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria.”

b') Debemos estimar también vigentes en el procedimiento hipotecario las *limitaciones* antes señaladas; ni el criterio objetivo ni el funcional pueden ser modificados por la voluntad de las partes. La ley Hipotecaria no lo dice expresamente como la de Enjuiciamiento civil; pero sí queda ello suficientemente aclarado al afirmarse que el Juez competente será "el de *primera instancia* a quien se hubiesen sometido las partes, etc.". Estas no pueden, por tanto, fijar la competencia de un Juez que no lo sea de primera instancia. En consecuencia, no es admisible la sumisión hecha al *Juez municipal* ni a la *Audiencia*, y lo único que cabe alterar es la intervención del Juez de primera instancia que por razón del territorio debía conocer del asunto privativamente.

c') Distinto es el tratamiento del problema en lo que se refiere a las posibles *formas* de sumisión. La ley sólo alude a la expresa: "el Juez... a quien se hubieren sometido las partes *en la escritura de constitución de hipoteca*" (1). La sumisión tácita queda excluida, puesto que se admite únicamente aquella que consta en el título; por otra parte, si esta sumisión tácita es concebible en el caso del acreedor, no ocurre lo mismo con el deudor, quien no pudiendo oponerse a la ejecución ni plantear la cuestión de competencia—ya que esta hipótesis no se halla incluida en ninguno de los casos del art. 132, a diferencia del juicio ejecutivo, donde la *incompetencia* de jurisdicción puede ser alegada (núm. 11 del art. 1.464) y constituir un incidente que suspenda el procedimiento (art. 1.480, párrafo primero)—, difícilmente ha de serle aplicable la causa fundamental de la sumisión tácita: práctica de cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria (2).

(1) ¿Deberán concurrir en esta sumisión expresa los requisitos señalados en el artículo 57 de la ley de Enjuiciamiento (renuncia clara y terminante del propio fuero, designación *expresa* del Juez a quien se someten las partes)? Creemos que sí, por ser los preceptos de esta ley supletorios, como antes dijimos, de los de la Hipotecaria, por existir la misma *ratio legis* en uno y otro caso y por no haber, finalmente, ningún motivo, antes al contrario, para interpretar extensivamente las declaraciones de sumisión hechas en vista a este tipo de ejecución procesal.

(2) La exclusión en el procedimiento hipotecario de la forma tácita de la sumisión nos plantea ahora este problema: ¿qué ocurrirá en el caso de que, sin mediар sumisión expresa, acuda el acreedor a Juez distinto de aquel en cuyo partido radique la finca, es decir, a un Juez incompetente? En el proceso civil ordinario no cabe la declaración de oficio de la incompetencia, salvo violación de las normas antes señaladas como *absolutas* (art. 74); pero esto se resuelve prácticamente porque el demandado o se opone, negando la competencia del Juez (y entonces se plantea la cuestión

No ha dejado de suscitar críticas, y de importancia, la admisión en términos amplios de la figura de la sumisión en el procedimiento para la efectividad de los créditos hipotecarios. Se ha hecho ver así (1) que la sumisión es improcedente en un proceso en el que están interesados y pueden intervenir más personas que el deudor y el acreedor ejecutante, y, sobre todo, que la desigualdad de situación económica en que se encuentran regularmente el que concede un préstamo y el que lo recibe, supone para el deudor una merma de libertad que acaso le lleve a convenir en una sumisión poco conveniente para sus intereses (2).

No cabe duda de que la sumisión hecha al Juez de un partido distinto de aquel en que las fincas están situadas es susceptible de acarrear en el desarrollo de la ejecución—fundamentalmente, en el acto de la subasta—positivos y evidentes perjuicios para todos los que se hallan interesados en que los bienes que se ejecutan alcancen su máximo valor. En este sentido, es criticable la sumisión tal como la admite la regla 1.^a del art. 131, y resulta más adecuada la solución del reglamento para la ley de Ultramar, que en su art. 170 establecía la competencia del Juez “del lugar en que radiquen todos los bienes hipotecados, sin que se admita sumisión en contrario”, con la única excepción de que las fincas estuviesen situadas en lugares diferentes y la sumisión se hiciera a uno de ellos. Este criterio restrictivo, evitador de abusos, no deja de tener entre nosotros alguna manifestación de carácter reciente (3), que podría servir de inspiración para la reforma deseable en este punto.

JAIME GUASP

Catedrático de la Universidad de Barcelona

de competencia *a instancia de parte*), o, sin discutir tal competencia, hace cualquier otra gestión en el pleito (caso de la *sumisión tácita*). No siendo posible ninguno de estos dos supuestos en la ejecución hipotecaria, parece defendible la solución de que el Juez examine de oficio su propia competencia (lo que representa también un enfoque de la cuestión más a tono con las actuales exigencias de justicia). La solución contraria, o sea la de proseguir en todo caso la ejecución y dejar al juicio declarativo posterior la posibilidad de una anulación, es mucho menos aconsejable desde el punto de vista de la lógica y la economía procesal. El momento para tal examen de competencia por el Juez será, sin duda, el de admisión del escrito inicial (regla 4.^a, párrafo 1.^o, del artículo 131).

(1) Tormo, en la discusión parlamentaria de la reforma de 1909.

(2) Bugallal, *íd*.

(3) Por lo que se refiere a la justicia municipal, la ley de 21 de mayo de 1936.

Consideraciones sobre la Ley que regula los intereses devengados por los créditos hipotecarios durante la guerra

En el *Boletín Oficial del Estado* del día 16 de mayo del año 1941 aparece una ley, fecha 5 del mismo mes, en la que se regula una cuestión, no sólo de honda trascendencia *per se*, sino interesantísima por su orientación y por los propósitos que la inspiran. Se trata de la regulación del problema relativo a los intereses de los créditos hipotecarios constituidos registralmente con anterioridad al inicio del Movimiento nacional—18 de julio de 1936—y antes de la indicada fecha del 16 de mayo de 1941, que es la de la publicación del texto de referencia. Desde el primer momento de su lectura, se comprende su enjundia y su importancia—tanto desde un punto de vista teóricocientífico, cuanto práctico y de aplicación—; por ello hemos esperado durante meses la aparición de algún comentario de la doctrina patria sobre tales reglas. Pero como el tiempo transcurre y tal comentario no sale a la luz, me he decidido a tratar de exponer algunas ideas que me ha sugerido la lectura del texto legal de referencia, en la seguridad de que la cosa merece la pena, aunque quizá ya no lo merezca la pobreza del contenido de aquéllas. Sin embargo, a pesar de todo, no desisto de la empresa, y, sobre todo, espero que plumas más capaces no han de tardar en asomarse a las revistas profesionales españolas, haciendo el estudio que yo aquí solamente intento.

El problema de la regulación de los intereses de aquellos créditos hipotecarios que los devenguen (dejando aparte el ya tan manido y estudiado de si los créditos, sea del género que fueren, deben o no devengar interés, y si éste debe ser o no tasado), sabido es que está regulado, no muy a la satisfacción de la doctrina, en nuestra vigente ley Hipotecaria. La Comisión del texto de 1861, con aquella luminosidad que

resplandece en la Exposición de Motivos que redactó el insigne Laserna, después de hacer una breve referencia a dicho problema y a la solución que impera en todos—o casi todos—los Códigos europeos, continuaba así, ya dentro del ámbito estrictamente hipotecario: “Pero no debe servir este motivo—se refiere a lo que acabamos de mencionar, es decir, a que es práctica general la admisión del pago del interés que afecte a las fincas hipotecadas—para que el tercer adquirente de la propiedad gravada, que no conoce el descubierto en que puede hallarse el deudor, y que, naturalmente, presume que está al corriente en el pago de los intereses en el hecho de no haberse reclamado contra la hipoteca, quede perjudicado por omisión o incuria del acreedor, o tal vez por mala fe de éste, combinada con la del deudor. De aquí proviene que, a imitación de muchos Códigos, se proponga la cuantía de intereses que deban considerarse asegurados con la hipoteca, introduciendo la presunción *juris et de jure* de que el acreedor renuncia a ella en la parte relativa a los demás intereses, en el hecho de reclamarlos o de no haber exigido una ampliación de inscripción sobre los mismos bienes hipotecados con objeto de asegurar los devengados antes...” Y continuaba: “Dos medios podían adoptarse al efecto; el más general, que la limita a número determinado de anualidades, y el que fija un máximo, como el 10 ó el 20 por 100 proporcional al capital garantido (1). A favor del primer medio está la mejor combinación del interés con el tiempo; a favor del segundo, en sentir de los que lo prefieren, la mayor igualdad y la mayor fijeza de la regla...” Y en vista de estas razones, la Comisión optó por el primero de los sistemas expuestos, por su fijeza e igualdad, a pesar

(1) Como se observará, los autores de la exposición de motivos no se quedaron cortos precisamente en la fijación hipotética de los intereses que podrían devengar los créditos hipotecarios. Un interés del 10 ó 20 por 100 es verdaderamente—y lo era con mayor motivo en 1861—exorbitante y usurario. Esto como observación al párrafo indicado. En cuanto al interés legal que el Derecho positivo español señala hoy día, sabido es que, después de ser fijado en el 6 por 100 del capital por el artículo 1.108 del Código civil, y rebajado al 5 por 100 por ley de 2 de agosto de 1890, ha sido fijado últimamente en el 4 por 100 por ley de 7 de octubre de 1939 (*B. O.* del 9 ídem), siendo ciertamente curioso que el Poder legislativo que dictó la ley de 2 de agosto de 1890 acudió al procedimiento jurídicamente correcto, a instancias del Ejecutivo: es decir, a derogar una ley por otra, aun a pesar de que aquí la misma ley autorizaba al Ejecutivo para obrar por propia cuenta. Y es curioso porque, en cambio en otras materias, como por ejemplo, en la de arrendamientos, en que no existía tal autorización legal, se saltó abiertamente por encima de la ley sin escrupulo alguno. En un caso se pecó por exceso de respeto a la norma—permítaseme la frase—; en el otro, en cambio, por defecto.

de su desigualdad, más aparente que real; y de aquí los arts. 114 y siguientes del texto de 1861 que, a pesar de las críticas unánimes de la doctrina, principalmente de Galindo y Escosura y Beraud, por ejemplo (1), sobre todo en cuanto hace referencia al art. 115 del texto vigente, "verdadero enigma hasta ahora indescifrado" (2), ha perdurado y perdura a través de las reformas de 1869 y 1909, siendo, repito, el vigente en la actualidad, con las excepciones que en los casos y supuestos que vamos a examinar, la ley que comentamos consagra.

Pero, repito, que ésta es doctrina que ya está agotada en la literatura jurídica española, y no es cuestión de volver de nuevo sobre ella, ni de pretender descifrar lo que en realidad es indescifrable, literalmente leído, si bien en el fondo sea fácil de entender. Entre otras razones, porque a fin de cuentas "es ésta cuestión meramente especulativa más que de orden práctico, en méritos a que los acreedores, bien apercibidos de sus derechos, tanto como de la vaguedad e indeterminación del precepto escrito, celebran los contratos de préstamos con hipoteca en condiciones de garantía suficiente para que no sobrevenga el conflicto con acreedores posteriores, dejando las dudas que engendra la disposición positiva a la esgrima intelectual de los tratadistas, como de ello elocuentemente certifica que aún no se ha llevado esta cuestión a los Tribunales; al menos nosotros desconocemos que sobre la interpretación del artículo, por lo que al particular concierne, haya recaído jurisprudencia" (3). Aparte también de que no nos interesa de modo directo, para nuestro asunto, tal discusión, bastando con que quede fijada la legalidad "normal" en esta materia.

De la simple lectura de la ley de 5 de mayo de 1941 se deduce, en primer lugar, que se trata de una norma excepcional y de vigencia limitada y transitoria. Tiene la misma índole y características que la ley

(1) V. Beraud: *Legislación hipotecaria*, en colaboración con Ríos Mosquera, volumen II, págs. 315 y sigs. Madrid, Instituto Reus, 1928. Contest. a Registros.

(2) "La redacción del anterior precepto—dice De Buen refiriéndose al artículo 115 indicado—es en varios puntos tan desdichada, que no cabe una interpretación literal del mismo. Es más: al interpretarlo lógica y sistemáticamente, hay que ir contra su letra. Donde dice: *al transcurrir tres años*, debe entenderse: *durante el tercer año*; y donde escribe (apartado segundo): *anteriormente y después de los dos años*, lo mejor es dar por no escritas tales palabras." De Buen expone a continuación su tesis, que, en líneas generales, es la que la doctrina corrientemente sostiene. (V. De Buen: *Derecho civil esp. común*. Contest. a la Judicatura. Madrid, Reus, 1930, tomo I, página 335, nota 1.ª).

(3) Beraud: Ob. cit., pág. 315, vol. II.

de 5 de noviembre de 1940 (precisamente en el preámbulo del texto de 5 de mayo citado se hace referencia a esta íntima relación), y como ella, trata de "reparar en lo posible la anormalidad jurídica que padecieron las zonas afectadas por la dominación roja" sólo que la ley de 5 de mayo de 1941 se limita exclusivamente al ámbito hipotecario estricto, en cuanto se relacione con los créditos de tal índole que devenguen intereses, tratando de corregir las posibles antinomias entre dicha ley de 5 de noviembre de 1940 y los artículos ya citados de la ley Hipotecaria. Tal es, repetimos, su finalidad, según ella misma declara, sin prejuzgar, por ahora, si lo ha logrado y, sobre todo, cómo lo ha logrado. Por ello la ley de 5 de mayo de 1941 ha de ser calificada, repetimos, de excepcional, singular y provisoria (en cuanto va dirigida a liquidar las situaciones jurídicas creadas por el Movimiento Nacional) en el sentido que emplean dichos términos Moro y Ledesma y Hernández Gil en sus Comentarios a la ley de 5 de noviembre de 1940 (1). Excepcional, en cuanto sólo a las particulares y específicas situaciones a que se refiere, y que inmediatamente vamos a ver, se aplica, mientras que la gran masa de hechos comprendidos en los supuestos normales siguen al margen de sus disposiciones y rigiéndose por los mencionados artículos 114, 115 y siguientes de la ley Hipotecaria. Singular, por parecidas razones. Y provisoria, porque ya hemos visto que su vigencia es limitada en cuanto al tiempo, y su art. 1.^º en relación con el 5.^º—y en general del contexto de la ley—, bien claramente lo ponen de manifiesto. Son éstos caracteres generales de todas las legislaciones de las post-guerras, y de ellas fueron claros ejemplos las de los países beligerantes en 1914-18, cuyas legislaciones durante los años inmediatos al término de las hostilidades tuvieron este mismo matiz excepcional, singular y provisorio (2).

Este carácter excepcional a que acabamos de referirnos, se refleja en primer lugar en la siguiente consideración: para que resulten protegidas por el nuevo ordenamiento jurídico, ha de tratarse de hipotecas registralmente constituidas con anterioridad al día 18 de julio de 1936 —art. 1.^º de la ley—. No todas las hipotecas, pues, resultan protegi-

(1) V. Sebastián Moro Ledesma y Rafael Hernández Gil: *Validez de los contratos y testamentos afectados por la guerra y la Revolución*. Madrid, 1941.

(2) Es natural que así fuere, puesto que a circunstancias excepcionales ha de corresponder norma excepcional también. El Derecho y la Vida han de marchar al unísono.

das por la norma que comentamos, ni siquiera las constituidas durante el período de la guerra civil. Se atiende, además, al criterio que científica y razonablemente había que atender: al momento en que en el Registro consten aquellas constituidas que, en rigor, es el único y solo momento en que las hipotecas son tales, pues sabido es que, en nuestro sistema, y como resulta del juego de los arts. 146 y 159 de la ley Hipotecaria y 1.875 del Código civil la hipoteca no existe como tal, tanto frente a tercero como entre las mismas partes, sino única y exclusivamente desde su inscripción en el Registro, sin que sea suficiente la sola constancia del gravamen en escritura pública. Por tanto, aun aquellas hipotecas que consten en escrituras públicas fechadas con anterioridad al 18 de julio de 1936, pero cuya fecha de inscripción registral sea posterior a dicho día—teniendo, naturalmente, en cuenta los efectos que hacen entrar en acción los arts. 28, 26 y 17 de la ley Hipotecaria—, no quedan protegidas por la ley de 5 de mayo de 1941, lo cual equivale a decir que los intereses que excedan a los "normales" de los arts. 114 y siguientes del Código Hipotecario, no podrán ser exigidos como tales intereses hipotecarios. ¿Y los de las hipotecas constituidas registralmente el mismo día 18 de julio de 1936? Habida cuenta de los términos en que se expresa el art. 1.^o de la ley, parece que tampoco pueden ser exigidos, puesto que este artículo habla de "las hipotecas constituidas con anterioridad al 18 de julio de 1936" ... y las disposiciones como la presente, de carácter excepcional, no deben ser objeto de interpretación extensiva. No obstante, quizá haya supuestos en que existan razones para otra solución, y lo mejor será el que en cada caso concreto, atendidas sus circunstancias y caracteres, habrá que determinar el criterio a seguir. Pero en principio, creo que es esta la solución que debe preponderar.

Estas hipotecas, constituidas registralmente con anterioridad a la indicada fecha, y en garantía de créditos hipotecarios que devenguen interés—queda siempre margen para que las partes, usando de la autonomía que la ley les otorga, pacten que este interés no será exigible, o simplemente no indiquen el interés que se ha de exigir—, "asegurarán con perjuicio de tercero, además de los intereses a que se refiere el artículo 114 de la ley Hipotecaria, los correspondientes al tiempo comprendido entre el 18 de julio de 1936 y la fecha de la publicación de esta ley" ... —artículo 1.^o—. Leído hasta aquí dicho artículo, ocurre preguntar: ¿Quién es este tercero así protegido? ¿Es el tercero en

sentido técnico, es decir, el que ha inscrito, obtenido su derecho a título oneroso de quien en el Registro aparecía con capacidad suficiente para transmitirle el derecho que adquiere, y con la buena fe que el Tribunal Supremo exige, además de esas condiciones? ¿O es el tercero "vulgar" o civil, es decir, el que no ha inscrito, pero que no ha tomado parte en el acto o contrato inscrito (art. 27 de la ley Hipotecaria)? Cuestión de alcance primordial, y básica para dilucidar el alcance de la ley, porque es aquí donde tropezamos con el meollo de la norma y porque, naturalmente, de ser uno u otro tercero, la solución varía muchísimo.

El primer comentario que se ocurre al examinar esta materia es de carácter desfavorable. No debió de volver a ponerse nuevamente sobre el tapete el ya tan discutido y manoseado personaje fantasma que se suele llamar "tercero", y sobre el cual han corrido ya mares de tinta en la literatura jurídica española, que tanto juego dió ya en nuestra legislación desde las famosas Bases del Proyecto de Código civil de 1843 hasta la actualidad, pasando por el Anteproyecto de Luzuriaga, en 1848, el Proyecto de 1851, etc., y cuyas fases figuran explicadas en todos los manuales y tratados de Derecho inmobiliario español. Después de los trabajos y concienzudos comentarios que al tema del "tercero" han sido dedicados por nuestros hipotecaristas (1), y, sobre todo,

(1) Citar todos cuantos trabajos han sido publicados sobre este problema, de tanta importancia en nuestro Derecho hipotecario, sería tarea casi inagotable, puesto que bien puede decirse que pocos serán los hipotecaristas españoles que no hayan escrito algo, más o menos original, sobre este asunto. Hasta una jurista francesa, la señorita Ana María Le Pelley, publicó una monografía sobre él. Como orientación citaremos los siguientes: "Inexistencia del tercero hipotecario", por José Uriarte Berasátegui, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 1931 y enero de 1932, núms. 80 a 85)—es un trabajo de gran valor—; "Algunas consideraciones sobre nuestra ley Hipotecaria y el 'tercero'", por Antonio Marín Monroy, en REVISTA CRÍTICA (mayo 1931, núm. 77, páginas 328 y sigs.); "Dependencia en que el concepto de tercero se halla respecto de los principios fundamentales del sistema", por Pascual Lacal, en REVISTA CRÍTICA (febrero 1931, núm. 74, págs. 107 a 112); Ana María Le Pelley: *La noción de tercero en la ley Hipotecaria española* (Bibl. del Instituto de Der. Comparado de Toulouse). V. la nota bibliográfica sobre este libro de J. González, en REVISTA CRÍTICA cit. (enero de 1932, núm. 85, págs. 75 y sigs.); "Inscripción de documentos privados", por J. Uriarte Berasátegui, en REVISTA CRÍTICA cit., núms. 95 y 96, páginas 801 y sigs. y 882 y sigs., respectivamente (aunque en este trabajo no se plantea de modo directo esta cuestión, sino la que su título indica, sin embargo se hacen consideraciones sobre él). Y desde luego, en todos los manuales y tratados de Derecho hipotecario; por ejemplo, en los recientes de Roca Sastre y Giménez Arnáu, donde se estudia el problema con gran altura y maestría científicas.

después de las frases nada halagüeñas que al mismo han sido dedicadas: "La figura del tercero es borrosa e inútil" . . . ; "no es posible formar un concepto unitario del tercero hipotecario" (Berasátegui)⁽¹⁾ ; "el término tercero es innecesario, sobra en la ley" (J. González) ⁽²⁾, no debió acudirse al término en cuestión en un texto legal de hoy día, pues si ya él de por sí es borroso, huidizo y fantasmagórico, ¿qué no será en un texto excepcional, y por ende, con caracteres especiales, fuera de la normalidad? De aquí la mayor parte de las dudas a que se presta el texto, si se examina a primera vista; dudas que bien es verdad que un examen posterior aclara casi por completo, como veremos, pero que muy bien pudieron ser evitadas ya desde un principio, con una redacción orientada, *a priori*, en otra dirección.

Hay razones para suponer, a primera vista, que el tercero perjudicado por el artículo 1.^º, ya citado, es el tercero en sentido técnico, habida cuenta del mecanismo general de la ley especial que comentamos; de los artículos 114 y 115 de la ley Hipotecaria y, sobre todo, porque si así no fuese, no habría razón para la existencia de tal norma legal, que entonces sería inútil, ya que frente a tercero que no inscribe, naturalmente que la hipoteca garantizará los créditos y los intereses de cualesquiera años, sean éstos los que fueren. La Comisión de 1861 así pareció entenderlo. "Mas esto es sólo—dice—para el caso en que haya un tercero que pueda resultar perjudicado. *Cuando esto no sucede, conserva toda su fuerza la regla de que es extensiva la hipoteca a la seguridad de todos los intereses.*" Y aunque la Comisión no aclara de modo taxativo la cuestión principal, a saber, si ese tercero perjudicado—o favorecido, según los casos—es el que ha inscrito, o el que no ha inscrito, pero no ha sido parte en el acto o contrato inscrito, sin embargo, la doctrina unánimemente admitida es que se trata del que no ha inscrito, quien no puede invocar la protección de los artículos 114 y 115 mientras no esté en tal situación ⁽³⁾. En nuestro supuesto, existe la misma razón de decidir, pues las circunstancias son las mismas. Pero es que, además, el artículo 2.^º de la ley especial emplea taxativamente la frase "con perjuicio de tercero inscrito", y aunque el caso concreto que regula no es el mismo que el del artículo 1.^º

(1) Uriarte Berasátegui, en ob. primeramente citada.

(2) Jerónimo González (cit. por Berasátegui en ob. cit.).

(3) V., por ejemplo, en este sentido a De Buen, ob. cit., págs. 334 y sigs. Como se dice en el texto, es doctrina unánime.

—y hasta si se quiere el opuesto—, sólo lo es en cuanto hace relación a ciertos caracteres; pero en su materia esencial, antes al contrario, en este aspecto concuerda por completo con el principio general del artículo 1.º citado. A primera vista, pues, parece que el tercero que aquí es protegido es el tercero “vulgar”, es decir, que el perjudicado es el que hemos convenido en denominar tercero “técnico”, o sea: el que ha inscrito en las condiciones a que más arriba aludimos.

Pero a primera vista tan sólo; porque si seguimos leyendo el texto legal veremos como no es así, sino que la cuestión cambia completamente. Tal protección solamente es otorgada cuando en el Registro haya una inscripción, *en sentido estricto*, posterior a la de hipoteca en cuestión, inscripción que haya sido causada por una transmisión total o parcial de dominio a título oneroso o por una constitución de derecho creditual (art. 1.º, *in fine*). Este final no tiene desperdicio. El primer comentario que sugiere es la oscuridad del texto, que casi apunta una falta de tecnicismo—quizá por exceso de afán tecnicista, aunque parezca paradoja—, aunque sólo se quede en apunte; sobre todo, al hablar de “constitución de derecho creditual”. Porque, en primer lugar, no cabe duda que la inscripción posterior a que se refiere la ley ha de ser una inscripción *en sentido “estricto”*, o sea—y así creemos debe ser interpretada la frase legal—una inscripción propiamente dicha (artículo 50 del reglamento Hipotecario); una inscripción *en sentido técnico*, y, por tanto, no tomando la palabra “inscripción” en el sentido de asiento registral, como tantas veces lo hace la ley Hipotecaria misma (1). Es decir, que todo derecho posterior que figure adherido al Registro por otro asiento que no sea la inscripción—anotación preventiva, mención, nota marginal, etc.—, no goza de la protección legal, por expresa y taxativa disposición de ésta. Con ello surgen incalculables consecuencias en el orden hipotecario y registral. Pero de todas ellas sólo quiero entresacar la siguiente: ¿Es que en una inscrip-

(1) El asiento registral ha sido definido por Jerónimo González como “declaración formal hecha por el Registrador en los libros hipotecarios, en virtud de título o de oficio”, y en su aspecto formal, como la “consignación manuscrita de esa declaración” (cit. por Campuzano en *Instit. de Der. hip.* Contest. a Registros, página 294). En cuanto a la inscripción *en sentido estricto*, Campuzano (ob. cit., página 308) la define como “asiento principal que se practica en el libro de inscripciones de efectos definitivos, cuyo objeto es un derecho o una incapacidad y que declara íntegramente una situación jurídica”.

ción en sentido técnico pueden figurar derechos de crédito? Porque tal es el meollo del problema.

Dejando aparte el estudio de la cuestión desde un punto de vista de *lege fereanda*, y que podría plantearse así: *¿Deben llegar al Registro español, en virtud del mecanismo de la ley Hipotecaria, derechos de crédito?*, la realidad es que a nuestro Registro llegan, en efecto, a veces tales derechos credituales, principalmente por medio de la anotación preventiva. Pero a través de la inscripción en sentido técnico, inscripción en sentido "estricto", que diría la ley que comentamos, todos los hipotecaristas están unánimes en que *ni deben, ni de hecho llegan jamás a arribar al Registro situaciones que no sean estricta y completamente reales* (1). Y sin embargo, aquí la ley dice expresa y terminantemente que se trata de "un derecho creditual". *¿Quid iuris*, pues? ¿Entender que hay una derogación de las normas generales y técnicas, en uso de la potestad del legislador para hacer aquélla, en ésta como en todas las materias de índole jurídica? ¿O aquello que ya recordábamos en otro trabajo publicado en estas mismas páginas (2), de que la ley, si bien no se equivoca jamás en lo que manda, sí se equivoca muchas veces en lo que dice y en como lo dice? A nuestro juicio, esto último. En nuestra opinión, con la locución que hemos ya citado, lo que quiere decir la ley es que figure en el asiento-inscripción, no una situación creditual en sentido técnico, como situación *principal* del asiento, sino un derecho creditual *accesorio de otro real principal*, al cual vaya

(1) Según Atard, resulta que se inscriben: A) Derechos reales perfectos de titulación perfecta. B) Sentencias de incapacidad. Y que se anotan: A) Derechos reales perfectos de titulación imperfecta. B) Derechos reales imperfectos. C) Derechos reales perfectos de titulación perfecta y de vida transitoria; y D) Derechos personales. La inscripción propiamente dicha crea derechos registrales de eficacia indefinida, y la anotación posibles garantías reales de eficacia transitoria. (Cit. por Beraud en ob. cit., vol. II, págs. 45 y 46, nota 1.^a.) Claro que cabe plantear el problema respecto a la índole jurídica del derecho que engendra el arrendamiento—inscribible según el núm. 5.^º del art. 2.^º de la ley Hipotecaria—; y sabido es que autores como Troplong, en Francia, y Manresa y De Buen, en España, sostienen que es de caracteres reales, aun sin necesidad de inscripción; problema que tiene una conexión íntima con el de las llamadas inscripciones constitutivas. (V. infra, J. González en Rev. Crít. cit., año 1925, pág. 780, y en su magistral obra *Estudios hipotecarios*, págs. 37 y sigs.) V. también lo que dice la exposición de motivos de la ley de 1861 sobre este tema concreto. La misma discusión cabe en cuanto a la índole jurídica de los derechos que se contengan en las sentencias de incapacidad, inscribibles según el número 4 del artículo 2.^º citado. Pero sea cual fuere la solución que a esto se dé, no empece a lo dicho.

(2) V. en Rev. Crít., núm. 160, septiembre 1941, pág. 544.

adherido. Entendido esto así, la cuestión queda aclarada, y entonces todas las dudas e inconvenientes se desvanecen (1).

De todos modos, resulta evidente que habiendo una inscripción posterior, cuyo titular haya adquirido su derecho a título oneroso —“transmisión *total* o *parcial* de dominio”, dice la ley—, y salvo las excepciones a que luego nos referiremos al examinar el artículo 4.^o de la misma, este titular, en principio, no puede ser perjudicado y no está obligado al abono de tales intereses extraordinarios (llámemosles así). Y entonces es cuando surgen otras dos cuestiones: una de interpretación de la frase más arriba subrayada: “transmisión *total* o *parcial* de dominio”, de indudable trascendencia práctica, según los resultados a que se llegue; otra que aclara el problema de cuál sea el tercero realmente protegido o favorecido por el texto legal, haciendo que las conclusiones que en un principio parecían ciertas sean ahora consideradas como erróneas y alejadas por completo de la verdad legal.

Veamos la primera. ¿Qué quiere decir la ley con la ya citada locución “transmisión *total* o *parcial* de dominio a título oneroso”, etc.? ¿Ha de interpretarse la frase o *parcial* en el sentido de que, sin desmembrar ni dividir ninguna de las facultades que el dominio supone *a priori* en potencia, sea sólo una parte cuantitativa de este poder dominical la que sea objeto de transmisión registral? O, por el contrario, ¿significa tal expresión que existe una transmisión a título oneroso de alguna o algunas de las aludidas facultades que el dominio supone intrínsecamente considerado, dando lugar en este caso al nacimiento de situaciones reales, pero ya de menor entidad que *dominium plenum*, primer derecho real por antonomasia? ¿Resulta protegido el usufructuario, por ejemplo, en cuanto a las facultades de índole hipotecaria que le reconoce el artículo 107 de la ley Hipotecaria? Cuestión ésta, repito, de gran importancia y de indudable interés, por la trascendencia que puede tener el que se resuelva de un modo afirmativo o

(1) Por lo demás, autores como Cosack—*Lehrbuch*, II, pág. 221—sostienen que la hipoteca no es solamente un derecho real, sino que tiene ingredientes y caracteres obligacionales, en cuanto es al mismo tiempo un crédito del titular contra el propietario del inmueble hipotecado. Concepción que Nussbaum entronca con la tesis conocida de Meibom y Sohm, que califica a la hipoteca de “obligación real”, y tendiente, principalmente, a imprimir la mayor “movilidad posible a la hipoteca, librándola de los grandes principios que informan el derecho de cosas” (Nussbaum: *Tratado de Der. hipotecario alemán*, Madrid, 1929, págs. 59, 60 y 61. Trad. de W. Roces).

negativo. A mi juicio, hay que resolver el problema en sentido afirmativo, y la locución legal debe ser interpretada en el sentido de que cualquier adquirente, a título oneroso, de una transmisión parcial del dominio, el derecho de usufructo, por ejemplo—naturalmente, de acuerdo con el número 2 del artículo 107 de la ley Hipotecaria, ya citado—, resulta protegido en cuanto alcance la fuerza real y protectora de su derecho; si bien no dejo de reconocer que la voluntad legal es sumamente oscura en este aspecto, y hay razones evidentemente poderosas para la tesis contraria.

En cuanto a la segunda cuestión, o sea la referente al tercero que resulta protegido por el ordenamiento jurídico que comentamos, vemos que, dados los términos en que se expresa la norma, en su artículo 1.^º *in fine*, ya no es aquél el que parecía, al considerar aisladamente el principio del artículo. Si para que esté protegido es necesario que haya adquirido su derecho a título oneroso, ha de haber inscrito su derecho, ha de haber obtenido su situación registral de quien en el Registro aparecía con tal capacidad (1)—y ha de tener buena fe—, siquiera en cuanto a este último requisito haya mucho que comentar también en esta ley, dada la redacción de su artículo 4.^º—y salvas las excepciones a que este mismo artículo 4.^º se refiere—, resulta evidente y claro que el titular a quien la ley protege es al que la doctrina llama tercero en sentido técnico, es decir, el verdadero tercero hipotecario, lo cual quiere decir, *a contrario sensu*, que el perjudicado es el que no ha inscrito, es decir, el tercero “vulgar”, el tercero meramente civil, el del artículo 27, ya citado, del Código Hipotecario. Las conclusiones a que antes habíamos llegado se cambian, pues, por completo, y la solución, que a primera vista parecía acertada, y a cuyo favor parecía militaban numerosas y acertadas razones, no es la legal. Sólo quien ha inscrito en las condiciones ya dichas podrá reclamar, con eficacia real (2) los intereses de la hipoteca comprendidos entre el 18 de julio de 1936 y el 16 de mayo de 1941, aparte de los que regula el artículo 114 de la ley Hipotecaria. Cualquier otro titular solamente podrá hacer efectivos los intereses que este artículo 114—en rela-

(1) Ya decimos en el texto que salvo las excepciones del artículo 4.^º Pero de esto hablaremos más adelante. V. pág. 105.

(2) Claro es que siempre quedará a salvo la acción personal correspondiente para solicitar el pago de tales intereses, cuando ya la acción real de la hipoteca no sea exigible. V. en este sentido sentencia de 26 de septiembre de 1935; pero esta es cuestión distinta de la que nos ocupa.

ción con el 115—menciona desde el momento que ese tercero, que hemos señalado, surja a la vida registral.

Todo esto como regla general. Pero el artículo 4.^º del texto que comentamos consagra una excepción que es necesario también examinar, no solamente por el gran interés que en sí alberga, sino por las graves consecuencias que entraña para quien se encuentre en los supuestos que contempla.

De lo en él dispuesto se deduce que, aun cuando exista en el Registro la inscripción en sentido estricto de que habla el artículo 1.^º, sin embargo, el acreedor hipotecario puede acogerse a los beneficios de este mismo artículo 1.^º, "si probare que la inscripción posterior tiene su causa en un acto o contrato celebrado con el propósito de estorbarle la efectividad de los intereses de su crédito no garantizados por el artículo 114 de la ley Hipotecaria...".

Múltiples cuestiones origina este artículo 4.^º:

Primera. ¿Qué naturaleza jurídica tiene la acción dirigida a la prueba de que habla el artículo? ¿Se trata de una acción en fraude de su derecho como acreedor, basada en el artículo 1.111 del Código civil y que ha de atenerse, en cuanto a su regulación, tramitación y condiciones, a las reglas consagradas, tanto en este artículo 1.111 como en los 1.290 y siguientes del mismo Cuerpo legal, en relación con los 36, 37 y 38 de la ley Hipotecaria? Así parece. La índole de los diversos supuestos en que tal situación puede darse y la redacción del texto legal parecen abonar tal creencia, pues la similitud del fraude de acreedores y las condiciones necesarias para que éste exista y la situación que contempla dicho artículo 4.^º, es evidente crédito a favor del actor, acto o contrato posterior celebrado por el deudor beneficioso para un tercero, proporcionándole una ventaja patrimonial, con cuyo acto o contrato resulte perjudicado el acreedor, y que tenga el carácter de fraudulento, y complicidad del tercer adquirente, caso de que haya adquirido a título oneroso (1).

Segunda. Que siendo esto así y trasladándonos al ámbito estrictamente hipotecario, introduce esta ley un elemento ético, cual es la buena fe (2), como elemento e ingrediente esencial para la protección

(1) Es ésta la orientación constante de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, y por ello aquí sólo citaremos dos sentencias recientes en tal sentido: la de 14 de enero de 1935, que dictó la Sala primera bajo la ponencia del Sr. Elola, y la de 12 de enero de 1940, bajo la ponencia de D. José Castán.

(2) El concepto de la buena fe—que resulta de la combinación de los artícu-

de este tercero; hasta tal punto, que su ausencia—sea porque realmente exista o porque la ley lo presume así—da lugar a la no protección por el ordenamiento jurídico. Con ello se consagra en el ámbito legal aquel elemento de buena fe, que aun implícito en la ley Hipotecaria y que la Exposición de Motivos de 1861 menciona frecuentemente, no estaba de modo explícito exigida por la ley, siendo nuestro Tribunal Supremo quien la elevó al rango de requisito *sine qua non* para ser protegido por el ordenamiento legal hipotecario. He aquí, pues, por qué no basta haber adquirido a título oneroso de quien en el Registro aparece con capacidad suficiente para transmitir e inscribir tal adquisición, para que se esté protegido, frente a tercero perjudicado, sino que es preciso algo más: la “buena fe” entendida ésta en el sentido que la ley quiera entenderla, si bien ésta sigue el camino negativo para su definición, es decir, de definir no la buena fe, sino la mala, para que sea necesario introducir el argumento *a contrario sensu*, a fin de averiguar en qué consiste la buena. Y así dice que existe mala fe cuando se demuestre que con su inscripción pretendió el titular que inscribe “estorbarle al acreedor hipotecario la efectividad de los intereses de su crédito no garantizados por el artículo 114 de la ley Hipotecaria”. La expresión “estorbarle”, probablemente no sea un modelo de pureza, jurídicamente considerada; pero la intención legal es bien clara, a mi entender. Tras el término “estorbarle” quiere decir la norma que el titular inscrito pretenda con su inscripción burlar, defraudar, los derechos que el artículo 1.^º otorga al acreedor hipotecario. Y he aquí también por qué sostengo que este supuesto es un caso evidente de acción de rescisión por fraude, que tiene como singular carácter el que no sólo perjudica en caso de transmisión a título gratuito, sino en caso de transmisión a título oneroso, lo cual tiene importancia, entre otras cosas, por el carácter subsidiario anejo a la acción revocatoria, dada su naturaleza rescisoria (art. 1.294 del Código civil).

Y una última cuestión para hacer ya punto final en este elemental comentario. El párrafo 2.^º del artículo 4.^º ya citado sienta como presunción *iuris tantum* que cuando la transmisión inscrita haya sido causada en el período de dominación roja y los dos meses subsiguientes

los 1.950, 1.951 y 433 del Código civil—presenta dos aspectos: ignorancia del vicio adherido al título o modo de adquirir; creencia de que el transmitente puede verificar con validez tal transmisión.

—por lo tanto esta fecha tope variará en cada provincia española, según la fecha en que haya sido ocupada por las tropas nacionales—, el acreedor hipotecario queda exento de la prueba del propósito de “estorbarle” de que habla el párrafo 1.º, pasando tal *onus probandi*, en este supuesto, al titular de la adquisición (1).

Con ello se crea, a nuestro juicio, un privilegio sin fundamento racional alguno en favor del acreedor hipotecario, y con franqueza debo decir que no veo razón de índole jurídica que abone tal medida legal. El solo hecho de haber vivido—en la mayoría de los casos por causas absolutamente ajenas a la voluntad del perjudicado—en zona no nacional durante cierto tiempo, no debió nunca ser motivo de tal verdadero castigo legal. Resulta que el titular que desde el 18 de julio de 1936 haya residido en Valladolid o Burgos, por ejemplo, no tiene por qué probar tal propósito fraudulento, y hasta tiene a su favor la presunción de que no lo persiguió con su transmisión; mientras que el que, por vivir durante toda su vida en Madrid o Barcelona, se encuentre en el caso previsto por dicho artículo 4.º, párrafo 2.º, tiene *a priori*, mientras no demuestre lo contrario, la presunción de que si de su inscripción posterior resulta que el acreedor hipotecario no puede hacer efectivos los intereses extraordinarios que esta ley le concede, lo hizo con tal propósito de “estorbo”. Y esta demostración en contrario, en la mayor parte de los casos, será difícilísima de hacer. Si el *consilium fraudis* es por su índole esencialmente psicológica e interna, de siempre muy difícil prueba—y precisamente por ello el Código civil sienta en su artículo 1.297 presunciones para ello—, este *consilium fraudis* de nuestro caso ha de ser forzosamente de más difícil prueba aún en tal supuesto, ya que no sólo ha de demostrarse, sin duda alguna, la falta de él, sino además el no haber pretendido hacerlo nunca.

Aunque bien es verdad que en el plano de la realidad de los hechos, contadísimos serán los casos en que los beneficios de la ley se traduzcan en algo positivo, porque, repito, que el propósito de “estorbo” legal será de muy difícil prueba, sobre todo al no establecerse presunción alguna—fuerá, naturalmente, de la que acabamos de citar—que oriente al Juez en el litigio que eventualmente se plantee, para saber cuándo ha de estimar que existe tal propósito y cuándo no. A tan original conclusión es a la que se llega después de bien examina-

(1) Una razón más para afirmar el carácter excepcional, y sobre todo transitorio, de esta ley.

dos los artículos 4.^º y 2.^º de la ley de 5 de mayo de 1941. Basta, pues, que surja un tercero hipotecario propiamente dicho para que, salvo la dificultad que tendrá que vencer si ha residido en zona no nacional y ha sido causada su inscripción durante tal dominio marxista, su inscripción sea, *en la inmensa mayoría de los casos*, jurídicamente inatacable, y los intereses del crédito hipotecario anterior protegidos sean solamente los "normales" de los artículos 114 y 115 de la ley Hipotecaria, y de ninguna manera los "extraordinarios" que la ley especial quiere garantizar. Léanse, repito, los artículos 4.^º y 2.^º de ésta; medítese bien sobre su contenido y se llegará a la conclusión que acabamos de mencionar.

Y para tan poca cosa práctica siempre quedará la duda de si era necesario todo un intento legislativo y tantas sutilezas como la ley que comentamos en sí encierra, y sobre todo, si ésta no habrá venido más que a aclarar el problema de la regulación de los intereses devengados por los créditos hipotecarios, ya de por sí tan oscuro, a entenebrerlo más aún y a sembrar un verdadero semillero de litigios, con la añadura de no dar, en la mayoría de los casos, norma orientadora clara para resolverlos al órgano jurisdiccional encargado de dicha misión.

ENRIQUE DEL VALLE FUENTES.

Abogado.

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal especial creado a base del artículo 21 de la Ley del 5 de noviembre de 1940

La Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre la validez de los contratos y testamentos afectados por la guerra y la revolución (1) crea en su artículo 21 un Tribunal especial radicante en Madrid y compuesto de tres Magistrados, que decidirán el recurso de apelación que las partes pueden promover contra los fallos dictados por los Jueces de Primera instancia. El fallo del Tribunal especial pone fin al pleito, sin que quepa recurso de casación. Desde el 30 de octubre de 1941, fecha de la primera sentencia del mencionado Tribunal, hasta el 26 de diciembre del mismo año, el Tribunal especial ha dictado ocho sentencias, las cuales haremos objeto de una exposición sistemática en lo que tienan de interesante (2).

I. La jurisprudencia en su aspecto material:

1) Ambito temporal de la Ley: Dos sentencias interesantes han sido dictadas respecto a esta cuestión.

a) El artículo 9.º, en su párrafo B) en relación con el 3.º de los supuestos del que le antecede, concede al deudor en los préstamos o deudas con garantía hipotecaria derecho a la condonación de un 50 por 100 de los intereses por el período de tiempo a que se refiere el art. 8.º. El problema discutido en la primera sentencia del 30 de octubre de 1941 es el de saber si este beneficio es aplicable a quienes han satisfecho libre y voluntariamente, después de la total liberación de España, los intereses y hasta el capital que adeudaban, en forma tal que quedarían autorizados a reclamar la devolución de los intereses pagados, pero condonados por la Ley especial. El Tribunal especial, revocando la sentencia del Juez de Primera instancia número 15, de Madrid, niega la extensión del beneficio legal a la hipótesis descrita. En apoyo de su tesis alega una razón doctrinal y otra de Derecho positivo. La razón doctrinal estriba en que la condonación supone la existencia de una deuda, mientras que la deuda, en nuestra hipótesis, ya resulta cancelada por el pago hecho antes de la entrada en vigor de la Ley especial. La razón de Derecho positivo

(1) Respecto a esta ley, véase el comentario de Sebastián Moro Ledesma y de Antonio Hernández Gil. (Madrid. Plutarco, 1941, pág. 126.)

(2) Entretanto, han llegado a nuestro conocimiento las sentencias de 30 de diciembre de 1941 y de 3 y 20 de enero de 1942.

alude al artículo 25 de la Ley especial, porque al fijarse en él el alcance retroactivo que otorga al beneficio por razón de intereses demorados, se contrae a disponer que también se aplicará a los procedimientos ya incoados, cualquiera que sea el estado en que se encuentren y aunque se haya practicado el embargo de bienes, ordenando que los Secretarios hagan las liquidaciones correspondientes con detacción de las condonaciones que procedan, con lo que bien se manifiesta que no quiso el legislador extender los efectos retroactivos de lo por él dispuesto a las situaciones ya inexistentes por haber sido liquidadas. Los dos argumentos del Tribunal especial no son convincentes. El primero no lo es porque, si bien es verdad que la condonación presupone la existencia de la deuda, no lo es menos que la retroactividad de la Ley especial haría aparecer el cobro de los intereses condonados como cobro de algo indebido, dando lugar a una obligación de restituirlós (art. 26, II de la Ley especial; art. 1.895 del Código civil). Y el segundo argumento no es convincente porque el artículo 25 tiene principalmente un contenido procesal, anulando la santidad de la cosa juzgada de una sentencia ordinaria firme. La discusión de nuestro problema no tiene sólo un interés doctrinal, ya que la Orden del Ministerio de Justicia de 4 de diciembre de 1942 (*B. O. del 7; Suplemento de esta REVISTA*, número 429), que extiende el beneficio del artículo 9.º a los intereses satisfechos después de la liberación, tiene sólo validez si dicha Orden es aclaratoria o complementaria de la Ley con arreglo al artículo 28 de la misma, mientras que debería considerarse nula, oponiéndose a ella en virtud del principio de la jerarquía de las normas. En nuestro entender, se trata de una norma aclaratoria. En el campo de la política legislativa se atiende más a la razón de no posponer al buen pagador al malo que a la de beneficiar meramente al deudor necesitado.

b) El artículo 17, párrafo 2.º de la Ley especial, preceptúa lo siguiente: "Las disposiciones testamentarias en que se hubiesen designado a algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja y por su adhesión a la Causa del Movimiento Nacional, recobrarán su eficacia en favor de los hijos o nietos, herederos legítimos del premuerto, considerados a este efecto como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiere otorgado nuevo testamento válido en favor de tercera persona." El problema discutido en la segunda sentencia, de 8 de noviembre de 1941, gira en torno a la cuestión de si el representante del heredero testamentario premuerto debe vivir en el momento de la entrada en vigor de la Ley especial o de si su premoriencia en aquel momento hace pasar los derechos sucesorios a los herederos legítimos del testador. El Tribunal especial elige la primera alternativa (necesidad de la vida del representante del heredero testamentario premuerto al entrar en vigor la Ley especial), sentando la siguiente jurisprudencia: "El párrafo 2.º del artículo 17 de la Ley del 5 de noviembre de 1940, al preceptuar que recobrarán eficacia las disposiciones testamentarias en que se hubiere designado algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja o por su adhesión a la Causa del Movimiento Nacional, en

favor de los hijos o nietos, herederos legítimos del premuerto, considerados a este efecto como representantes del mismo, establece una excepción de la fundamental norma preceptiva del número 3.º del artículo 912 del Código civil, otorgando un derecho privilegiado a determinadas personas, hijos y nietos del premuerto, con exclusión de los demás herederos de éste, por lo que ha de ser interpretado, como corresponde a toda disposición de índole excepcional y de privilegio, en el sentido restrictivo, y no se puede extender a otras personas que a las expresamente designadas como titulares del derecho que a la misma se otorga, en contemplación a hechos pasados y por altas consideraciones que aconsejaron al legislador poner el posible remedio a los males, trastornos y perjuicios producidos por el marxismo. Pero los derechos y acciones que crea y concede tienen su nacimiento en la propia ley; y no existían, ni por consiguiente podrían trasmitirse antes de ella, por lo que, careciendo la misma de efectos retroactivos, en cuanto no dispone lo contrario, sólo pueden haberse adquirido y referirse a personas y situaciones jurídicas existentes a la promulgación de la Ley especial, acogedora de las normas constitutivas de excepción de las del Código civil. Partiendo de esta base fuerza es reconocer que, para que puedan recobrar su ya extinguida eficacia las disposiciones testamentarias precisadas en el párrafo 2.º del artículo 17 mencionado, es necesario que los requisitos que exige para que se dé el derecho de representación que el precepto establece concurran a la publicación de la ley, y por tanto, que el hijo o nieto a que concede aquel derecho no ha de haber fallecido con anterioridad a su adquisición, dado que se trata de un beneficio personal y otorgado en términos que lo hacen recaer limitativamente en las personas a las que de manera exclusiva quiere favorecer, modificando trasitoriamente las normas establecidas en la materia por el Código civil, sin que nada autorice, tratándose de un precepto que por su índole excepcional y de privilegio ha de ser entendido y aplicado con criterio de restricción, a derivar de un derecho que, por no haber nacido aún cuando falleció el hijo o nieto del heredero premuerto, no lo pudieron éstos transmitir, el de las otras personas, a las que ni el causante de la sucesión quiso designar como herederos ni la ley conceder el beneficio, al señalar de modo preciso, y por ello excluyente de los demás parientes del premuerto, las personas a las que con la disposición se proponía favorecer." Tampoco esta sentencia nos convence por completo. La ley, en consideración a los méritos del heredero testamentario premuerto, ha querido conservar los derechos sucesorios a ciertos herederos cercanos; y, como este beneficio no arraiga en méritos de estos herederos, sino en méritos del heredero testamentario premuerto, debe extenderse a la línea recta descendiente de los hijos y nietos. A esta solución no se opone ni el carácter excepcional de la disposición, ya que es doctrina reciente y dominante del Tribunal Supremo que un precepto excepcional soporta una interpretación extensiva siempre que la razón en que se haya inspirado respalde también esta última; ni el defecto de una expresa declaración de retroactividad, puesto que el artículo 17, párrafo 2.º de la Ley especial contiene la eficacia retroactiva en su mismo contenido, habida

cuenta del artículo 657 del Código civil, que ordena la transmisión del patrimonio relicito desde el momento de la muerte del testador, que puede haber sobrevenido antes de la entrada en vigor de la Ley especial. Nuestra tesis es, finalmente, corroborada por el artículo 645, párrafo 5.^o del Código de Comercio, que establece en un caso análogo lo siguiente: "Si la muerte hubiere ocurrido en defensa del buque, el hombre de mar será considerado vivo y se abonará a su herederos, concluido el viaje, la totalidad de los salarios o la parte íntegra de utilidades que le correspondieren, como a los demás de su clase." Creemos que el legislador hubiera expresado mejor su intención estableciendo una ficción de vida del heredero testamentario premuerto después del fallecimiento del causante (1).

2) Contenido de la ley:

a) Contrato basado en una normatividad ilegal: El artículo 1.^o de la Ley especial permite la anulación de contratos celebrados en lugar sometido a la dominación roja con posterioridad al 18 de julio de 1936, al amparo de disposiciones emanadas de su ilegítimo poder y contrarios al régimen jurídico subsistente en dicha fecha. En el caso de autos se trata de un contrato de promesa de compraventa, celebrado en zona roja durante la guerra, cuya anulación se pretende por revestir este contrato la forma de una "promesa" de compraventa por motivo del Decreto de 14 de agosto de 1936 del Gobierno rojo, que prohibió la enajenación de inmuebles, y por ampararse, por tanto, dicha "promesa" en disposiciones del Gobierno rojo. El Tribunal especial, en sentencia de 26 de diciembre de 1941, rechaza esta opinión. "Tal tesis no es aceptable en buenos principios de derecho, dado que una disposición de carácter prohibitivo no crea un régimen jurídico que regule ni ampare el derecho cuyo ejercicio precisamente impide, y evidencia, por el contrario, que si los litigantes celebraron la citada escritura, lo hicieron soslayando y desacatando el referido Decreto y al amparo de disposiciones no emanadas del mismo, sino de las subsistentes en indicada fecha; y si estipularon, según la cláusula 4.^a, la obligación de formalizar la escritura de compraventa tan pronto como se autorizase por el ministro de Hacienda o se dejase sin efecto la prohibición establecida por el Gobierno, esta obligación, además de ser propia de la naturaleza del contrato de promesa, manifiesta claramente, por los términos en que aparece redactada, que la única intención de los contratantes fué la de formalizarla, al desaparecer la prohibición, cualquiera que fuese el poder que la dejase sin efecto; y, por tanto, es indudable que en el otorgamiento de la escritura impugnada no concurrieron todos los requisitos que, para que fuese anulable, requiere el precepto invocado a este respecto." En efecto, hay que distinguir entre un *contrato basado en una norma del Gobierno rojo*—contrato anulable por lo vicioso de su fundamento legal—y un *contrato cuya estructura jurídica ha sido motivada por una disposición del Gobierno rojo* y cuya anulabilidad no es sancionada por la ley especial y contrariaría, además, su misma fina-

(1) Véase: "Sobre el papel de las ficciones en el Derecho". REVISTA, 1941, páginas 640 y sigs. (646).

lidad, cuando la forma especial, motivada por la disposición del Gobierno rojo, ha sido elegida precisamente para burlar esta última.

b) Contrato basado en un consentimiento vicioso: El artículo 2.º de la Ley especial permite la anulación de contratos, celebrados en zona roja durante la guerra, basados en un consentimiento vicioso (violencia, intimidación, dolo, etcétera). Las sentencias del Tribunal especial recaen o sobre el concepto del contrato o sobre cuestiones de hecho respecto a los supuestos vicios.

a') Concepto del contrato: Podría alegarse que las sentencias referentes al concepto del contrato deberían discutirse con relación tanto al artículo 1.º como al artículo 2.º de la Ley especial, puesto que ambos preceptos utilizan dicho término. Sin embargo, creemos que la interpretación de la voz "contrato" en el artículo 1.º puede diferir de la que se dé al mismo vocablo en el artículo 2.º. El artículo 1.º se refiere a cualquier negocio jurídico basado en una normatividad ilegal (contrato en sentido no técnico). En cambio, "contrato" en el artículo 2.º puede prestarse a una interpretación más restrictiva.

aa) La sentencia del 6 de diciembre de 1941 excluye los negocios jurídicos unilaterales del ámbito del concepto "contrato". En el caso de autos se trataba de una escritura de pago y cancelación de hipoteca, cuya impugnación se pretende. "Partiendo de la base de que el contrato, según el sentido del artículo 1.254 del Código civil, coincidente con el concepto científico, es el acto o negocio jurídico bilateral productivo de relaciones obligatorias; y que, por el contrario, el pago a tenor de los artículos 1.740 y 1.750 del mismo Cuerpo legal es el cumplimiento, la efectividad de la prestación exigible al deudor en la relación jurídica instituida, en virtud del cual se extinguieren las obligaciones contractuales conforme al artículo 1.156 del referido Código, sin que del hecho de otorgar el resguardo o carta de pago se deduzcan otros efectos legales que el de la constancia de su ejecución; así como la cancelación de la hipoteca es un acto también unilateral de cumplimiento de la obligación propia del acreedor que consuma este contrato accesorio, sin otra finalidad legal que la de liberar la finca garante de la hipoteca que le fué impuesta en la forma que para su eficacia requiere la ley Hipotecaria en sus artículos 177 y 82; es forzoso reconocer que la escritura únicamente de pago y cancelación de hipoteca, otorgada exclusivamente por el acreedor, no tiene la condición que precisa de contrato ni puede calificarse de tal por no reunir aquéllos los requisitos intrínsecos y esenciales de éstos." Dejando aparte el hecho de que la referencia al artículo 177 de la ley Hipotecaria apunta probablemente al artículo 148 de la mencionada ley, y la circunstancia de que el Tribunal especial denomina "contrato accesorio" lo que, según su propio entender, es un negocio unilateral y que precisamente quiere excluir del ámbito del concepto "contrato", hay que distinguir el pago por un lado, y el recibo sobre el pago y la cancelación de una hipoteca por el otro lado. La confección de un recibo y la cancelación de una hipoteca son, en efecto, negocios unilaterales. El pago es, en cambio, un contrato dispositivo ("Verfügungsvertrag"), como se puede desprender de los artículos 1.160 y 1.163 del Código civil, que exigen, en principio, la capacidad de obrar tanto del que paga como

del que recibe el pago. Esta concepción del pago coincide con la doctrina moderna (1) y es independiente de la cuestión batallona de si el contrato dispositivo tiene o no tiene carácter abstracto. El artículo 1.254 del Código civil se refiere sólo a los contratos obligacionales. Otros ejemplos de contratos dispositivos son, por ejemplo, la compensación convencional, la donación verbal de cosa mueble, etc. El problema en el caso de autos se limita, por consiguiente, a la cuestión de saber de si el actor quería efectivamente impugnar sólo la entrega del recibo y la cancelación de la hipoteca o si quería anular, en el fondo, la aceptación del pago. La resolución de esta cuestión interpretativa de los escritos y alegaciones de las partes escapa a nuestra competencia.

bb) La sentencia de 22 de noviembre de 1941 ventila la naturaleza contractual de la subasta judicial, cuya impugnación se pretendía. "Ninguna dificultad se ofrece a la solución del problema enunciado en el fundamento que precede, ya que, en perfecta concordancia, el derecho científico y la doctrina jurisprudencial convienen en que toda subasta judicial, por la que se enajenen bienes, integra un contrato de compraventa, siendo de toda evidencia que los tratadistas de Derecho civil admiten la existencia de contratos especiales de compraventa, los que, además de reunir los requisitos esenciales y naturales de los demás, exigen algunos otros peculiares y distintivos por razón de las personas, de las cosas o de la forma, citando en este último grupo los de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, sometidos a las reglas que determina la Ley especial relativa a los mismos, y los de *venta en subasta*, llamado almoneda en la antigua legislación, consistente en la venta pública de bienes—cosas o derechos—que se haga al mejor postor, pudiendo ser la subasta judicial o extrajudicial y teniendo que acomodarse aquélla a las normas fijadas por la ley procesal civil, por lo que no cabe desconocer que, sin perjuicio de integrar un verdadero contrato por cuanto requiere y determina su perfección la concurrencia del consentimiento concorde del vendedor y del comprador respecto a la cosa que se vende y al precio que ha de pagarse, reviste también los caracteres propios de una actuación judicial susceptible de ser anulada, si se celebra con vicios de los que en el orden procesal producen este efecto."

En efecto, no cabe duda que la ley de Enjuiciamiento civil concibe la transmisión de una cosa subastada como un contrato de compraventa (arg. artículo 1.514, pár. 1.º de la Ley procesal civil.) Pero tampoco cabe duda de que la doctrina moderna rechaza esta concepción (2) y de que esta nueva corriente ha dejado huellas en nuestra legislación positiva (art. 1.514, pár. 2.º, Ley procesal civil, y sobre todo art. 131, regla 17, ley Hipotecaria; véase también art. 201, número 5.º, Reglamento de la ley Hipotecaria). Todas

(1) Véase, por ejemplo, Enneccerus-Lehmann: *Recht der Schuldverhältnisse*, 1932, § 60, II, 1, págs. 224-225.

(2) Véase Faustino Menéndez Pidal: *Elementos de Derecho procesal civil* (Madrid, Reus, 1937, págs. 549, 810, 811).

estas modernas doctrinas conciben la "venta judicial" como una expropiación forzosa, basándose en la concepción de la expropiación forzosa como acto administrativo y rechazando la anticuada teoría de la venta forzosa (1). Las diferencias prácticas entre la teoría iusprivatista de la venta y la doctrina publicista de la expropiación forzosa son muy importantes. En cuanto a la transmisión de la cosa subastada sólo la primera requiere un consentimiento válido del ejecutado. En cuanto a los efectos de la subasta sólo la primera concede al mejor postor contra el ejecutado derechos de saneamiento e indemnización (véanse arts. 1.489, 464, pár. 2.º Código civil (2). En el caso de autos la teoría iusprivatista del Tribunal especial permite la anulación de la adjudicación; la teoría publicista la rechaza, al menos desde este punto de vista. Creemos que esta última merece preferencia. Además, es improbable que la coacción, intimidación, etc., se haya ejercido en la subasta.

b') Las sentencias de 13 de noviembre y 20 de diciembre de 1941 se refieren a dificultades de hecho al discutirse las circunstancias en que la perfección del contrato se había realizado.

II. La jurisprudencia en su aspecto procesal:

1) Competencia: La sentencia de 19 de diciembre de 1941 ventila una cuestión competencial sin interés doctrinal.

2) No queremos dejar de mencionar el artículo 20 de la Ley especial, que preceptúa que "a todo juicio, y como primer trámite del mismo, deberá preceder, necesariamente, acto de conciliación ante el propio Juez que sea competente para conocer de la demanda incoada". Este precepto convierte el acto de conciliación extraprocesal, y ante una autoridad judicial diferente de la competente para la demanda, en una fase del proceso, posterior a la demanda y sometido al Juez competente para la resolución sobre ésta.

LA REDACCIÓN.

(1) Véase Walter Jellinek: *Verwaltungsrecht* (Springer. Berlín, 1929, pág. 393); Julius Hatschek: *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts* (5.ª y 6.ª ed., Leipzig. Scholl, 1927, pág. 280).

(2) Véase sobre este problema en el Derecho romano. REVISTA CRÍTICA, 1942, páginas 58-59.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1941.—*Gravamen necesario para interponer un recurso; situación jurídica del emancipado; situación jurídica del avalista.*—(Conclusión.)

II.—RECURSO DEL DEMANDANTE.

Caso de que se estimase válido el aval (tesis del Tribunal de instancia), en contra de la opinión del Tribunal Supremo, ha de ventilarse la cuestión de si un endosante puede, en vía de regreso, exigir del avalista el reintegro del importe de la letra de cambio. En primer lugar, afirma el Tribunal Supremo que el artículo 443 del Código de Comercio, al asignar claramente al título cambiario el carácter de acto mercantil objetivo, impone de manera inequívoca la ineludible y primordial observancia de las disposiciones contenidas en el título X del libro II del indicado Código como normas reguladoras del "contrato y letras de cambio", según expresa la rúbrica del título, sin excluir por ello la posible aplicación, como fuentes subsidiarias del derecho cambiario, de las comprendidas en la declaración del artículo 2.º del propio Cuerpo legal sobre la jerarquía de las fuentes del derecho mercantil en general. En segundo lugar, el Tribunal Supremo concibe el aval, según el modelo del Derecho francés, como una fianza solidaria, admitiendo, por ende, su naturaleza accesoria, tesis apoyada sobre el artículo 487 del Código de Comercio y sentencias del 10-I-1903, 12-VII-1919 y 3-XI-1927. De allí saca la sentencia las siguientes consecuencias: 1.º Que cualquiera que sea la solución que ante la ausencia de una norma explícita de nuestro Código de Comercio se adopte respecto al problema de determinar por quién se reputa dado el aval cuando en la letra no se expresa por quién se otorga, y aunque se quisiera y pudiera suponer que como expresaba el artículo 553 del Proyecto de reforma de nuestra Código de Comercio, redactado por la Comisión General de Codificación, en cumplimiento de la Real orden de 10-VI-1926, el avalista responde en tal caso en relación a todas las personas que resultaren en la letra obligadas con antelación a la fecha de su garantía, no sería lícito inferir de ello que dicho avalista esté obligado, no sólo a salir garante por todos los deudores cambiarios, sino además a responder ante ellos del reintegro del importe de la letra en vía regresiva, pues precisamente la designación de la persona o personas que hayan de consi-

derarse avaladas sirve, según ha observado la doctrina científica, para fijar el puesto que el avalista ha de tomar en la graduación de las obligaciones cambiarias y para limitar, por ende, el número de los obligados con derecho a regreso contra el avalista, toda vez que, según se desprende del artículo 519 del vigente Código de Comercio, la pluralidad de deudores en torno de una misma letra autoriza al que haya pagado para ejercitarse el derecho de regreso y consiguiente repetición del valor de la letra y gastos que hubiera satisfecho contra cualquiera de los coobligados que le *precedan*, pero no contra los posteriores; de modo tal, que la acción de reembolso, que es consecuencia del pago de la letra por uno de los deudores se reduce en su ámbito a medida que dichos deudores van pagando, porque el pago hecho por cada uno de ellos libera al que lo realiza de su propia obligación y libera al propio tiempo de la obligación contraída por cada uno de los deudores posteriores a él en el orden de los endosos. 2.º Que, por otra parte, si bien en la pura relación del avalista con el poseedor de la letra rige el derecho cambiario estricto, en la relación del avalista con la persona avalada la rigidez del derecho cambiario resulta modificada por el convenio causal que haya dado origen al aval; y como en el caso de autos la Sala sentenciadora estima, sin contradicción alguna por parte del recurso, que el avalista demandado, aparte de responder por el librador, lo hizo por el endosante y actor, puede dicha Sala con toda justicia y sin desconocer las características singularísimas que tiene el negocio cambiario aplicar al caso del litigio principios y argumentaciones que tienen su base en el Derecho civil común, máxime existiendo como existe en autos el documento privado de fecha 11 de noviembre de 1931, expresión del negocio jurídico causal de la letra de referencia, en el que, como nota adicional, se consigna que es pacto de las partes que la garantía solidaria que asumía como mera prestación de favor el demandado se refiere exclusivamente al que hizo protestar la letra y al que pagó el demandante.

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1941.—Cuentas en participación.

Tampoco ha incurrido la sentencia en errónea interpretación del artículo 239 del Código de Comercio al negar que el contrato existente entre Z., B., A., y O. sea el de cuentas en participación, porque este contrato, que se asemeja al de Sociedad comanditaria, sin que pueda confundirse con él, y que es considerado doctrinalmente y por la jurisprudencia como de Sociedad accidental, por la que no se crea una nueva personalidad jurídica y en la que no hay patrimonio en mancomún, requiere, conforme al preciso tenor del artículo dicho, que los contratantes sean comerciantes, circunstancia que no consta que concurra en el pleito, ya que no se ha de considerar como ejercicio habitual del comercio la simple parcelación y venta por lotes de una sola finca; aparte que ha de excluir la posibilidad de que se admita la existencia de las pretendidas cuentas en participación el hecho inconciliable con ellas de que los supuestos partícipes conservaban la propiedad de su parte indivisa en la finca adquirida con sus aportaciones sin que pasase a ser patrimonio del gestor.

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1941.—*Interrupción de la prescripción.*

Es doctrina reiterada de esta Sala, contenida entre otras en las sentencias de 19 de diciembre y 7 de febrero de 1924 y 4 de octubre de 1907, la de que sólo tienen la virtud de interrumpir la prescripción con arreglo a lo establecido en el artículo 1.973 del Código civil, interpretado en su genuino alcance jurídico, las demandas presentadas con todos los documentos, copias y demás requisitos que las leyes procesales exigen, en atención a que las que no llenan esos requisitos son inadmisibles y, por tanto, ningún efecto legal pueden producir.

SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1941.—*Hijos naturales. Cuestión nueva.*

El demandado pide en la reconvención el reconocimiento de la paternidad por estimarse hijo natural del demandante, basándose la reconvención en el número 2 del artículo 135 del Código civil. Desestimada la reconvención por el Juzgado e interpuesto contra ella recurso de apelación, vino a los autos en la segunda instancia un testimonio de la declaración testifical prestada por el actor en sumario seguido contra su madre sobre falsedad de la inscripción de nacimiento del demandado como hijo legítimo del declarante, afirmando en ella que el demandado era hijo suyo, fruto de las relaciones amorosas que en estado de soltería había tenido con la mujer, también soltera, que le dió a luz. La Audiencia confirmó el fallo apelado. Contra este fallo se alza el presente recurso, en el que abandonando la tesis de posesión de estado, rechazada en las dos instancias, se acusa la infracción del artículo 135 en relación con el 131 del Código civil, porque la declaración sumarial prestada por el actor constituye justificación por escrito del reconocimiento expreso de paternidad comprendido en el número 1 del artículo 135, y no se trata de cuestión procesal nueva, ya que este número, como el segundo, contemplan una misma realidad jurídica (paternidad natural) susceptible de demostración por cualquiera de los medios probatorios que los dos numeros autorizan (escrito de reconocimiento expreso y actos determinados de la posesión de estado). El Tribunal Supremo rechaza el recurso. "Si bien es indiscutible que ambos supuestos tienden a una sola finalidad jurídica, hay que afirmar que responden a dos situaciones de hecho distintas, y no meramente a medios probatorios diferentes, porque en un caso se contempla la declaración de *voluntad expresa por escrito* y en el otro se enjuician con más amplitud, con forma escrita o sin ella, los actos humanos, que permiten inducir un *reconocimiento presunto*, lo que en el orden procesal se traduce en la necesidad de alegar como hechos una de las dos situaciones, o las dos conjuntamente, para que la parte contraria pueda ejercitarse el derecho de defensa, alegando, a su vez, hechos que, en su caso, desvirtúen los mantenidos por el colitigante. El problema se presenta con claridad en el caso de autos, si se piensa que para defender el demandado su pretensión de hijo natural del demandante adujo solamente una serie de

actos del supuesto padre y de la madre de éste, que, a su juicio, demostraban posesión constante en concepto de tal hijo, pero que nada se aludió, en el período expositivo del pleito, a la existencia real, ni siquiera posible, de escrito alguno del actor en que se reconociese la paternidad, ni se invocó tampoco el número primero del artículo 135; y claro es que ante tal situación procesal el demandante no tuvo que impugnar hechos no alegados de contrario, como hubiera podido impugnar la eficacia probatoria de la declaración sumarial traída a los autos en segunda instancia, resultando así el grave riesgo de un pronunciamiento condenatorio injusto y antiprocesal por no haber sido debidamente oído el litigante condenado. Cosas distintas son la pretensión deducida por vía reconvencional en el pleito (reconocimiento de paternidad) y el hecho o hechos en que tal pretensión ha sido fundada; y es ya reiterada la doctrina legal que impone al juzgador, en méritos de congruencia, el deber de atenerse en su resolución a ambos factores, por lo que hay que convenir en que la Sala sentenciadora actuó con arreglo al derecho al abstenerse de examinar las consecuencias jurídicas de un hecho que, por no haber sido alegado oportunamente, reviste en su planteamiento procesal los caracteres de una cuestión nueva."

La sentencia presente no distingue con la necesaria claridad dos problemas diferentes: 1.º La primera cuestión es la de saber si la Audiencia estaba obligada a admitir como nuevo medio de prueba la declaración testifical del actor en el sumario contra su madre acerca del reconocimiento de la paternidad. La resolución de esta cuestión depende de la aplicabilidad del artículo 862 de la ley de Enjuiciamiento civil. 2.º El segundo problema consiste en saber si el Tribunal está obligado a limitar su examen a la aplicabilidad de las disposiciones legales invocadas por las partes o si, por el contrario, está obligado a buscar cualquier precepto legal que permita, en vista de los hechos procesalmente ciertos, apoyar la pretensión ejercitada. Hay que adoptar la última alternativa (véase Prieto Castro, "Exposición del Derecho Procesal civil de España", tomo I, 1941, ps. 152, 306) (1), en cuyo favor no sólo milita el antiguo adagio: *da mihi factum, dabo tibi ius*, sino también la modernísima tendencia hacia la *publizisticacion* del proceso civil; es decir, hacia su asimilación al proceso penal. No se objete la indefensión de la parte, en cuyo perjuicio redundaría la actividad jurídica original del Tribunal, puesto que conoce los hechos, que forman la base de aquella actividad, a los cuales, por tanto, puede oponerse; no debiendo sobreestimarse su posible desconocimiento de su importancia jurídica, puesto que para evitar éste la Ley exige precisamente la dirección de la parte por medio de un Letrado (art. 10 de la ley de Enjuiciamiento civil). En consecuencia, opinamos que la Audiencia estaba obligada a examinar la pretensión del actor de la reconvenCIÓN (reconocimiento de

(1) Véase la sentencia de 19 de noviembre de 1907, que, en términos no muy decididos, declara: "Si bien los Tribunales, para razonar sus sentencias, pueden citar leyes no alegadas por los litigantes, han de referirse éstas a las cuestiones debatidas en el pleito, pues en otro caso existe incongruencia al fallar por consideraciones que no constituyan la tesis jurídica."

la paternidad) desde todos los puntos de vista jurídicos, que podrían resultar conducentes a apoyarla sobre la base de los hechos procesalmente ciertos; es decir, también desde el punto de vista del número primero del artículo 135 del Código civil. Ahora bien: es más que dudoso que la declaración testifical cumpla los requisitos del citado precepto. Se tratará de una diligencia meramente firmada por el supuesto padre (véase artículo 444 de la ley de Enjuiciamiento criminal). Pero la jurisprudencia requiere un escrito de puño y letra del padre (Sentencias 13-II-1907, 25-II-1914, 23-VI-1922, 8-VI-1929). En consecuencia, el fallo dictado acierta probablemente en su resultado práctico. Finalmente llamamos la atención al hecho de que el Tribunal Supremo califica al reconocimiento de la paternidad del número 1.º del artículo 135 del Código civil de "declaración de voluntad". Creemos, más bien, que se trata de un acto jurídico que, si bien, por un lado, requiere para su validez la capacidad de obrar del supuesto padre, no exige por el otro lado la voluntad de conseguir efectos jurídicos, voluntad ésta característica de la auténtica declaración de voluntad.

SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1941.—*Los libros de los comerciantes como medios de prueba.*

Aunque en los libros de la Casa M. no aparezcan cumplidos todos los requisitos legales, y aunque, en consecuencia, no puedan aplicarse estrictamente las normas de prueba tasada contenidas en el artículo 448 del Código de Comercio, que la Sala sentenciadora no cita, no por eso deja de contener un elemento de prueba de importancia, mayor o menor, según las circunstancias, que está sometido a la libre y prudente apreciación del juzgador.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1941.—*Sociedad de responsabilidad limitada.*

El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación por las siguientes razones: 1.º El Tribunal *a quo* no funda su decisión, por modo principal y directo, en el precepto que se cita como infringido, sino en argumentos de analogía y de doctrina, a las que hay que acudir en defecto de normas positivas que regulen en nuestro Derecho la constitución y funcionamiento de las Sociedades de responsabilidad limitada, así como también en el respeto a lo establecido en el pacto social que había encomendado la gerencia conjuntamente a los socios A. y L. 2.º No ofrece absoluta nitidez en las legislaciones el criterio recto de este tipo de Sociedades, considerando como híbrido o intermedio entre las sociedades de personas y las sociedades de capitales; y así, mientras en el sistema germánico predomina la similitud con la Compañía Anónima, en el régimen de las legislaciones latinas es mayor, por el contrario, el parecido con la Sociedad colectiva y la comanditaria, viéndose a ser la de responsabilidad limitada una Sociedad de tipo personalista, en la que se injerta el principio de limitación hasta cierta suma de la responsabilidad de los socios. 3.º En definitiva, la solución del Tribunal sentenciador, sobre no

haber infringido ley alguna, acusa haber sido manejados con tino los adecuados métodos de aplicación e integración del Derecho, ya que no estando regulada ni prevista en nuestro Derecho patrio la creación de la Asamblea general como órgano directivo supremo de la Compañía de responsabilidad limitada, que aproximaría un tanto el régimen de administración de ésta al de la Sociedad Anónima, parecen ser de más claro encaje y adaptación al caso del litigio las disposiciones que reglamentan la Sociedad colectiva.

SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1941.—“*Mora accipiendo*”.

El actor tenía concertado un seguro con la Sociedad de Seguros Mutuos contra incendios de la ciudad de Orduña. El actor satisfizo puntualmente sus cuotas anuales hasta el año 1936 inclusive, año en que quedó incomunicado con el domicilio social por consecuencia de la revolución marxista. Por tanto, se vió imposibilitado de satisfacer la vencedera en 1937. Durante este período de incomunicación acaeció el siniestro de cuya indemnización se trata, sin que se adoptó acuerdo alguno para separarlo. A pesar de los reiterados ofrecimientos del actor de pagar la cuota no satisfecha, la Sociedad se negó a admitirla. La Audiencia Territorial de Burgos declara que las ofertas hechas, por no haber sido seguidas de la consignación de la cantidad adeudada, son ineficaces para pronunciar la subsistencia del contrato al tiempo de ocurrir el evento dañoso, y constituyen, por la prioridad del incumplimiento, causa bastante para declarar la resolución del vínculo contractual al amparo del artículo 1.124 del Código civil. El Tribunal Supremo se opone a esta sentencia: “El proceder como el Tribunal *a quo* lo hizo, aplicando a los hechos que estimó justificados el artículo 1.178 del Código civil para deducir de la falta de oferta real la consecuencia de que, por su sola virtud, se imponía la resolución del contrato y era aceptado pronunciar la absolución de la demanda, según el tenor del artículo 1.124 del propio Código, desconoció el sentido y alcance de ambos preceptos en relación con la cuestión, por todo extremo concreta, que es objeto del pleito; ante todo, porque al hacer esas declaraciones olvidó las fundamentales diferencias que existen entre la llamada oferta real, base inexcusable del pago liberatorio, que, por serlo, está regulado en nuestra Ley sustantiva, en el capítulo que en ella se consagra al estudio de la extinción de las obligaciones, y la oferta no seguida de consignación, cuyo efecto más interesante es, según la doctrina más autorizada, el de constituir al acreedor en mora (“*mora accipiendo*”), que, si no permite que el deudor quede liberado ni tiene trascendencia en orden al pago de intereses, ni en la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida, impide, en cambio, a aquél dar al deudor trato de moroso y obsta a la declaración autorizada por el artículo 1.124...; y, además, porque es doctrina constante que el régimen de la llamada acción de resolución tiende a impedir que se pronuncie la resolución del vínculo contractual en todos aquellos supuestos en que no se patentice de modo indubitable, o una voluntad deliberadamente encaminada al incum-

plimiento de una obligación o una fuerza mayor que impida su cumplimiento por modo definitivo en los términos pactados."

Resaltemos que la presente sentencia distingue con la deseable claridad la *consignación*, que es un modo de extinguirse la obligación del deudor (artículo 1.180, párrafo 1.º), y el ofrecimiento de pago, rechazado por el acreedor, que es un medio del deudor para impedir que incurra en "mora debendi" mediante la provocación de la "mora accipiendi" del acreedor. Por ende, no se puede reprochar al deudor en este caso incumplimiento de su obligación y, por lo tanto, resulta inaplicable contra él el artículo 1.124. Se discute si el ofrecimiento de pago no seguido por la consignación debe ser un ofrecimiento real, es decir, acompañado por la presentación del dinero (o del cheque, etc.), o si basta un ofrecimiento verbal. Destacamos este punto para que se distinga bien el término "ofrecimiento real" como sinónimo de "consignación" (terminología poco recomendable, pero empleada por el Tribunal Supremo en la presente sentencia) y "ofrecimiento real" como ofrecimiento que presenta realmente al acreedor de lo que debe entregar. La opinión dominante exige para la "mora accipiendi" un ofrecimiento real en este último sentido. Sólo en casos excepcionales basta un ofrecimiento verbal, sobre todo si el acreedor ya ha expresado con antelación su firme voluntad de no aceptar la prestación ofrecida. El Derecho español no admite directamente la "mora accipiendi". Pero el Código civil se hace eco de su idea en los artículos 1.185, 1.452 ap. 3, 1.589 y 1590 (véase los comentarios de Blas Pérez y José Alguer al "Derecho de Obligaciones", de Enneccerus-Lehmann, volumen primero, Barcelona, Bosch, 1933, p. 292 (1)).

SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1941.—*Derecho hipotecario.*

En vista de alto valor de la presente sentencia para el Derecho hipotecario y de la gran importancia de dicha materia para nuestra Revista y sus lectores, reproduciremos a continuación textualmente sus considerandos:

El problema de extensión de la hipoteca a los intereses y costas asegurados por ella, en el caso de concurrir distintos titulares de derecho sobre la finca gravada, ya se trate de acreedores entre sí, ya de acreedor frente a tercer adquirente, ofrece variedad de matices que no es posible agrupar bajo una sola norma absoluta y rígida, sino que es preciso dar a cada situación de hecho el trato jurídico individualizado que le corresponda, por lo que, concretado el tema del recurso a dilucidar qué intereses y costas protege la Ley como carga real de la finca en beneficio de un acreedor con primera hipoteca que inició el procedimiento sumario frente a un tercer poseedor que adquirió la finca varios años después de la reclamación judicial en la que no se había llegado al remate, hay que principiar fijando el concepto de tercero a que se refiere el

(1) Los artículos 1.278 y sigs. de la ley de Enjuiciamiento civil (referentes a los acreedores morosos) no se refieren a la *mora del acreedor*, sino a la *rebeldía del demandante*.

artículo 114 de la ley Hipotecaria, para ver después si los intereses que vayan venciendo desde la iniciación de los autos son hipotecarios y en los mismos autos se pueden hacer efectivos con perjuicio del tercer adquirente aludido o, en otro caso, son civiles y, por quedar al margen de la protección hipotecaria, sólo pueden ser reclamados por acción personal contra el deudor en otro procedimiento.

El concepto de tercero del artículo 114 se refiere a quien, sin haber intervenido en la hipoteca, adquiere e inscribe el dominio u otro derecho real sobre la finca; pero como el concepto es relativo y alude a un momento dado, a partir del cual se cuentan hacia atrás los dos años de intereses y la parte vencida de la anualidad corriente, asegurados por la hipoteca, en perjuicio del tercero—caso que los contratantes no hayan pactado sobre extensión mayor o menor, como pueden hacerlo—, resulta de capital importancia para desentrañar el contenido del artículo 114 no perder de vista a este instante, que ha de dar la clave del concepto de tercero y de la naturaleza hipotecaria o civil de los intereses devengados desde la reclamación judicial.

Si en doctrina científica se señalan distintos criterios para la fijación del momento a que se refiere el art. 114, el más generalmente admitido, de acuerdo con el sentido de la Ley y de la Jurisprudencia (Res. 10-XII-1898), lo remite a la iniciación del procedimiento judicial a instancia de un acreedor hipotecario y más concretamente a la fecha de la anotación preventiva del embargo en el juicio ejecutivo o al de la nota marginal en el especial sumario, y así será tercero quien en este momento tenga inscrito su derecho, y serán hipotecarios los intereses vencidos hasta el límite de tres años inmediatamente anteriores, pues los que rebasen este tope hacia atrás se entienden renunciados hipotecariamente, por presunción *juris et de iure*, y sólo podrán ser reclamados al deudor en el procedimiento civil adecuado.

Fijado así el sentido que informa el artículo 114 quedan excluidos del concepto de tercero, a efectos de extensión de la hipoteca a intereses y costas, los inscribientes posteriores, de los que hasta se prescinde en el procedimiento judicial instado por el acreedor hipotecario, según resulta del artículo 204, regla segunda del Reglamento; porque, como dice la Resolución de 6-XI-1933, no son en él verdaderos interesados ni, por lo tanto, es necesario hacerles notificación alguna, a diferencia del trato que hay que dar a los titulares que anteriormente hay en el Registro, según prescriben para el juicio ejecutivo el artículo 1.490 de la ley de Enjuiciamiento civil, completado por el 126 de la ley Hipotecaria, y para el especial sumario la regla tercera y quinta del artículo 131 de esta última Ley, lo que no quiere decir que se les niegue toda entrada en el procedimiento si lo solicitan, como está dispuesto para el tercer poseedor en el artículo 134.

Esto es así por imperiosa exigencia del régimen de publicidad del Registro, según el cual no pueden equipararse en protección hipotecaria los titulares anteriores y los posteriores a la reclamación judicial, pues los primeros adquieren con conocimiento de que la finca está gravada por razón de intereses y costas en los términos que resulten de la inscripción o del artículo 114, y los

últimos al adquirir son advertidos por la anotación preventiva o por la nota marginal—de igual significación jurídica, excepto del publicidad—de que existe la posibilidad de que aquella carga resulte gravada por sucesivos vencimientos de intereses y devengos de costas procesales, que naturalmente les ha de afectar, porque en cuanto a ellos no son terceros, lo que corroboran los términos de la Exposición de Motivos de la Ley del 61 al atribuir a la nota marginal el significado de "saludable advertencia" que se hace a todos para que conozcan los peligros a que puede llevarlos cualquier contrato sobre la finca gravada, y lo confirma la sentencia de esta Sala de 6-XII-1901 y 13-V-1903 y las resoluciones de 6-XII-1901, 24-XII-1904, 6-XI-1933, entre otras.

Dicho trato jurídico, distinto entre inscribientes anteriores y posteriores a la reclamación judicial constatada en el Registro, con consiguiente derivación en punto a intereses vencidos o sucesivos, lo confirma el espíritu de amparo que, para fomentar el crédito territorial, dispensa la Ley al acreedor hipotecario, concediéndole, como medio de aseguramiento de los intereses que excedan del límite marcado en el artículo 114, el derecho de opción a que alude la Exposición de Motivos, entre la ampliación de la hipoteca y la reclamación judicial; si opta por la ampliación oportunamente, el aseguramiento será total y absoluto, mientras que si entabla el procedimiento judicial será circunstancial o relativo y dependerá del volumen económico que se obtenga del remate y de la antigüedad registral de los créditos que han de ser cancelados, conjugada con la preferencia en el cobro de capital e intereses asegurados por la hipoteca si hay concurrencia de acreedores, pues si la pugna de derechos surge entre el acreedor ejecutante y un tercer adquirente anterior a la anotación preventiva o la nota marginal, se aplica, respectivamente, el artículo 126 o la regla quinta del 131, y si la nueva adquisición del dominio se inscribe con posterioridad a dicho momento funciona el artículo 134, que considera subrogado al nuevo dueño en el lugar del deudor.

Esta subrogación es a la vez de tipo procesal y sustantiva o civil, en cuanto aplica el concepto de parte en los autos al adquirente posterior y, al propio tiempo, significa sustitución del deudor, no en toda la extensión, pero sí en las responsabilidades que deriven del procedimiento judicial o resulten amparadas por él: 1.º Porque, como a los efectos del artículo 114, el nuevo adquirente no es tercero, la ley Hipotecaria no le protege; la relación jurídica se desenvuelve en la esfera del Derecho civil y el acreedor, a falta de trabas o limitaciones hipotecarias, actúa sobre la finca como si ésta continuase en poder del deudor; 2.º Porque así se desprende también de los términos en que están concebidos el artículo 126 y la Resolución de 27-IV-1921, al atribuir al tercer poseedor, que no paga ni desampara los bienes, las facultades y responsabilidades propias del deudor, doctrina que, aun referida al juicio ejecutorio ordinario, regula esta concreta situación jurídica del tercero adquirente, y a igualdad de situaciones corresponde trato igual en derecho; 3.º Porque la doctrina científica acepta este criterio, siquiera un sector de la misma establezca distinciones y admita sólo la identidad de obligaciones del deudor y del tercer

adquirente respecto de las responsabilidades hipotecarias que se vayan acumulando sobre la finca desde que pasó al nuevo dueño; y 4.º Porque si no se admitiese que al tercer adquirente, nacido a la vida del Derecho en cualquier tiempo después de la reclamación judicial, no le afectaban las responsabilidades de la finca por intereses y costas fuera del marco del artículo 114, se pondría en manos del deudor la posibilidad de confabularse con un tercero mediante la transferencia del dominio para burlar los derechos del acreedor cercenándole intereses que sin dicha transferencia serían exigibles en toda su extensión, y no hay ley que ampare la mala fe ni deje al arbitrio de uno de los contratantes la natural eficacia de las obligaciones contraídas.

Al aplicar al caso de autos la doctrina precedente resulta: 1.º Que si al iniciarse, en el año 1923, el procedimiento sumario por el primer acreedor existía otro acreedor posterior—Banco de España—, éste no llegó a pagar el crédito, intereses y costas aseguradas por la primera hipoteca, sino que, acudiendo a otro procedimiento ejecutivo, obtuvo en él la adjudicación de la finca gravada antes de ser rematada en el especial sumario, desapareciendo así de la esfera hipotecaria por no ser conocida en nuestro Derecho la hipoteca de propietario, aquella figura de acreedor para ser sustituida registralmente por la de tercer poseedor. 2.º Que en esta nueva posición intentó pagar, consignando 85.000 pesetas, que cubrían el crédito, intereses y costas posteriores a la iniciación del procedimiento hasta dos años y medio después, en que se produjo la consignación, que es a lo que venía obligado, porque al adquirir la finca después de extendida la nota marginal no tenía la consideración de tercero a los efectos del artículo 114, ya que se había subrogado en el puesto del deudor; y 3.º Que este criterio es, desde luego, aplicable al nuevo poseedor, el demandante, que adquiere la finca el año 1926, estando en vigor la nota y además con conocimiento extraregistral que le dió el vendedor—Banco de España—de que existía ese procedimiento sumario y de que la consignación intentada se había declarado mal hecha por insuficiente, por lo que debe afectarle, como carga de la finca, los intereses vencidos hasta el momento en que pagó—año 1932—y las costas procesales, en gran parte causadas a instancia del Banco al intentar la consignación, pedir liquidación de cargas e interponer múltiples recursos contra resoluciones judiciales que en su totalidad le fueron adversas.

Al no entenderlo así, la Sala de instancia ha infringido las disposiciones citadas, en particular el artículo 134 de la ley Hipotecaria, que se cita como vulnerado en el primer motivo del recurso, por lo que procede la casación sin necesidad de examinar los restantes motivos.

SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1941.—*Propiedad intelectual.*

Se trata de una acción meramente declarativa, mediante la cual los actores pretenden la comprobación judicial de su derecho a imprimir y vender discos fonográficos de la obra lírico-dramática "La Gran Vía", por virtud de la transmisión que los autores de la música hicieron a los actores, mientras que

el demandado, que trae causa del autor de la *letra*, se opone a tal pretensión. El Tribunal Supremo, casando la sentencia de instancia, da la razón al demandado. El legislador patrio, colocado ante el problema de precisar el alcance de los derechos que en una obra de colaboración asisten a los autores de la letra y de la música, ha cuidado, en primer término, de declarar—artículo 23 de la Ley especial—que a cada uno corresponde la facultad exclusiva de imprimir y vender el fruto de su respectiva creación, precepto éste de claro sentido, pero que, además, robustecen en casos como el planteado en estos autos el artículo 7 de la misma Ley, según el cual nadie puede reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario; el 425 del Código civil, a cuyo tenor el autor de una obra literaria o artística tiene el derecho de explotarla y el de disponer de ella a su voluntad, y en cierto modo el artículo 36 de la Ley especial, que condiciona el goce de los beneficios que por la misma se otorgan a la inscripción de su derecho en el Registro, según las normas sustantivas que en la propia Ley se consignan.

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1941.—*Contrato de trato sucesivo.*

El problema de la sentencia consiste en saber si las partes habían celebrado un contrato de trato sucesivo anterior como tal al 18 de julio de 1936 o una serie de contratos aislados que en gran parte se realizaban con posterioridad a dicha fecha, problema éste de capital importancia para la aplicación de la Ley del Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939. El Tribunal Supremo, casando la sentencia de instancia, defiende la tesis del contrato de trato sucesivo. Las partes en este pleito venían manteniendo tratos y relaciones comerciales entre ellas anteriormente a los hechos de autos, relaciones que, en cuanto al cacao de autos, plasmaron en la constitución de un depósito por parte de la actora de ese producto colonial, al que apellida doméstico, y del que la demandada podría retirar adquiriendo en firme, en cada caso, las cantidades que estimase necesitar, pero cumpliendo los requisitos a que se refiere el hecho primero del escrito de demanda, a cuyas afirmaciones no se ha opuesto el demandado, siendo estos requisitos hacer las retiradas mediante los oportunos despachos a través de la Agencia de Aduanas B., comunicándolas inmediatamente a la casa abierta en Barcelona, con determinación de pesos y numeración de sacos, a fin de que ésta confeccionara las facturas aplicando el precio oficial correspondiente a cada una de las calidades según las normas establecidas por el Comité Sindical del Cacao, creado por el ministro de Industria y Comercio, y firmadas esas facturas se cargaban en cuenta al comprador los importes de la mercancía adquirida en firme y se le abonaban los gastos suplidos por el despacho de Aduana, almacenaje, estibas, etc., y el líquido o haber del vendedor había de ser reembolsado directamente a Barcelona, o por medio de transferencia en el Banco designado por aquél mediante giro expedido y negociado en dicha capital catalana. Resulta evidente que el mencionado envío revela, sin género alguno de duda, la existencia de un solo contrato de trato sucesivo en su ejecución, que de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala,

entre otras en sus sentencias de 27 de junio de 1894 y 15 de marzo de 1934, hay que estimar perfeccionado antes del envío, pues éste se hizo cuando ambas partes habían convenido en la cosa objeto del contrato, el cacao enviado, y en el precio cierto por haberse fijado como tal el oficial correspondiente a cada una de las calidades, según las normas establecidas por el Comité Sindical del Cacao.

SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1941.—*Decreto de 31 de diciembre de 1937.*

La cuestión discutida consiste en saber si para estar comprendidos en los beneficios que concede el Decreto de 31 de diciembre de 1937 a los agricultores es necesaria o innecesaria la demostración de que las deudas contraídas lo fueron para el sostenimiento de las familias de los agricultores y para pagar gastos originados por las explotaciones agrícolas. El Tribunal Supremo niega la necesidad de esta demostración, comparando el mencionado Decreto con la Orden de 3 de septiembre de 1937. La finalidad de una y otra de las disposiciones referidas aparece como diferente, teniendo en cuenta que la Orden se propone, como lo manifiesta su preámbulo, proteger al agricultor evitándole los perjuicios de todo procedimiento judicial o administrativo, mientras que en el Decreto la preocupación visible del legislador se encamina a la protección más que del agricultor de la agricultura, evitando que el pago inmediato de los créditos absorba los recursos que habían de ser destinados al cultivo, con el consiguiente daño para la producción agrícola, que tan vivamente interesa al bien general; y como esta consecuencia que el legislador quiere evitar y que nace de la exigibilidad inmediata del pago de los créditos se produciría igualmente cualquiera que fuese el origen de los créditos y el destino o aplicación que se le hubiera dado, es manifiesto que si se excluyieran de la disposición legal determinadas deudas por razón de su destino quedaría frustrada en cuanto a ellas la finalidad que el legislador se propuso, sin que sea lógico argumentar que el Decreto puede ser utilizado abusivamente por los agricultores para contraer a su amparo créditos con finalidad ajena a su profesión y necesidades familiares, porque tales casos no pueden producirse después de publicado el Decreto, que sólo se refiere a créditos contraídos antes de su publicación y en un período en que el legislador pudo tal vez apreciar anormalidades o circunstancias especiales que le aconsejaran la adopción de medidas especiales.

SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1941.—*Prescripción.*

En 4-II-1908 doña A. otorgó en concepto de prestataria escritura pública, haciéndose constar en ella que por no haber solicitado dicha señora la oportuna licencia marital quedaba el contrato sujeto a las acciones dimanantes del artículo 1.301 del Código civil a favor del marido. En 9-X-1919 el marido de doña A. formuló demanda contra el prestamista, por la que ejercitó

la acción de nulidad que le confería el citado artículo 1.301 del Código, terminando el pleito por sentencia en la que se absolvió de la demanda al demandado a causa de no haberse interpuesto aquélla contra todos los otorgantes de la escritura. Habiendo fallecido el marido en el año 1923 promovió su hijo y heredero nueva demanda en 12 de agosto de 1927, dirigida sólo contra el prestamista, terminando el pleito por sentencia de la Audiencia de Palma de 1-III-1930, que absolvió al demandado por el mismo fundamento de la anterior. En 10-III-1934 planteó el hijo la demanda de estos autos, dirigida ya contra las dos partes otorgantes de la escritura, en solicitud de que se declarase la nulidad del préstamo. La Audiencia de Palma, confirmando el fallo de primera instancia, ha estimado la excepción de prescripción, absolviendo, en su consecuencia, a los demandados en el juicio. El Tribunal Supremo confirma la sentencia impugnada. La acción de nulidad del artículo 1.301 del Código civil prescribe en cuatro años, que se cuentan desde el día de la disolución del matrimonio, ocurrida en el caso de autos en el año 1923. La demanda presente se promovió en 1934. La cuestión de saber consiste, pues, en examinar una posible interrupción del plazo indicado. La sentencia del Tribunal Supremo llama la atención del Tribunal de instancia al hecho, no observado por aquél, de que la demanda de autos como dirigida contra ambos otorgantes de la escritura no es idéntica a las dos demandas anteriores, que se dirigían meramente contra el prestamista, hecho cuya apreciación nos conduciría, probablemente, al resultado de estimar la acción ejercitada como prescrita. Sin embargo, se llega al mismo resultado, aun partiendo de la base jurídica elegida por el Tribunal de instancia. Pues si bien es cierto que el artículo 1.971 del Código civil dispone que el tiempo de la prescripción comienza desde que la sentencia quedó firme, lo cual se funda en el principio general de que el tiempo de la prescripción de las obligaciones sólo puede empezar a correr desde que éstas son exigibles, es notorio que en el caso actual no se trata de acción dirigida al cumplimiento de una obligación anteriormente declarada por sentencia ejecutoria. Por tanto, su doctrina en nada aparece rozada ni contradicha por el Tribunal *a quo*, quien al sostener la tesis jurídica de que, transcurrido el plazo del artículo 1.700 de la Ley procesal civil sin ejercitarse el derecho que en él se concede, quedó, por consiguiente, firme la sentencia, habiendo de retrotraerse los efectos de tal firmeza a la fecha de la misma sentencia, lejos de violar precepto alguno se ajustó a los principios de orden civil que rigen la prescripción liberatoria, que descansa, ante todo, sobre la inacción del acreedor y consiguiente quietud o silencio de la relación jurídica, no menos que a los de orden procesal, que señalan de un modo general el momento de la publicación de la sentencia como el que indica el comienzo de producción de sus efectos para las partes y para el exterior. Tampoco se interrumpe la prescripción extintiva por el acto de conciliación al que no sigue dentro de dos meses la demanda, tesis apoyada sobre la aplicación analógica del artículo 1.947 del Código civil y mantenida en las sentencias del 9-X-1906 y 3-XII-1931. Finalmente no se puede considerar el acto de conciliación como una reclamación extrajudicial a los efectos del artículo

1.973 del Código civil, pues desde el momento que la Ley admite las más diversas e independientes causas de interrupción, cada una de ellas ha de ser utilizada con los requisitos y eficacia propios de su naturaleza específica, y es indudable que la interrupción judicial no puede, sin contradicción interna, convertirse en reclamación extrajudicial.

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1941.—*Contrato de depósito.*

El Tribunal Supremo, reiterando su jurisprudencia establecida en sentencias de 29 de diciembre de 1927 y 21 de mayo de 1896, afirma que no es necesario la tradición material para el perfeccionamiento del contrato de depósito, pues el artículo 1.758 del Código civil y 305 del Código de Comercio no pueden entenderse tan en absoluto que no admitan la existencia del contrato de depósito sin que medié la entrega de la cosa depositada, como sucede, por ejemplo, en el secuestro o embargo de bienes cuando se dejan en poder de su dueño, y como lo demuestra, además, lo estatuido sobre crédito mobiliario agrícola, que autoriza al deudor para conservar en su poder, como depósito, no sólo las máquinas, aperos de labranza y ganados, sino hasta el arbolado y los frutos pendientes de recolección, lo cual viene a demostrar que el depósito puede existir sin la transmisión material de la cosa en que consiste, así como también puede tener lugar con la tradición inmaterial o simbólica.

SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1941.—*Duración de los arrendamientos concertados por el usufructuario.*

En esta sentencia se trata de precisar si el arrendamiento de fincas urbanas cedidas por quien las tiene en usufructo se extingue con el fallecimiento del usufructuario o si subsiste el arrendamiento en virtud de la prórroga forzosa para el arrendador, decretada por la legislación especial sobre inquilinato (Decreto de 29 de diciembre de 1931). Dicho tema pide inexcusablemente que se declare si el artículo 480 del Código civil, en cuanto dispone la resolución al fin del usufructo de todos los contratos que celebre el usufructuario, ha sido derogado por el Decreto de 29-XII-1931, en particular por sus artículos 1.^º y 11, ya que la resolución *ipso jure* y la prórroga del contrato de arrendamiento que respectivamente regulan estas disposiciones legales son en derecho absolutamente inconciliables. El Tribunal Supremo niega la derogación del artículo 480 del Código civil. No cabe pensar que el legislador se propusiera prorrogar la vida del arrendamiento más allá de la del usufructuario, porque otra cosa significaría la desnaturalización completa del derecho de usufructo o su transformación en otra figura jurídica de rasgos esencialmente distintos, en la que faltaría su nota característica de derecho temporal; y no es de creer que se quisiera desarraigar una institución tan arraigada en la legislación y en las costumbres de nuestro país sin cláusula derogatoria expresa o tácita.

SENTENCIA DE 10 DICIEMBRE DE 1941.—*Compensación.*

Los demandados tenían una cuenta de crédito que, al producirse la suspensión de pagos del Banco de Cataluña, cuyo "Comité Liquidador" es el que acciona en el presente pleito, arrojaba un saldo deudor. Para la apertura de esa cuenta de crédito los demandados hubieron de constituir una cuenta corriente en moneda extranjera, que servía de garantía a la primera y que, al declararse el Banco en suspensión de pagos, arrojaba un saldo acreedor. La cuestión sobre que gira la presente sentencia es la de saber de si se excluye la compensación, en razón a que la suspensión de pagos, al paralizar las deudas del suspenso, determina como consecuencia de que la deuda del Banco de Cataluña con respecto a los demandados por la cuenta corriente de moneda extranjera no fuere exigible ni líquida. El Tribunal Supremo afirma la compensabilidad de créditos alegando, entre otras cosas, una sentencia de 21 de diciembre de 1932. En lo esencial, el Tribunal Supremo dice lo que sigue: Si bien por imperativos de la propia naturaleza de la suspensión de pagos que lleva consigo como efecto muy destacado la paralización de las ejecuciones aisladas contra el suspenso, ha de entenderse que es inadmisible, una vez producido el estado de suspensión de pagos, la compensación de créditos de los acreedores en suspenso que sean a la vez deudores del mismo en tanto no hayan quedado cumplidos con anterioridad a dicha suspensión los requisitos que para la compensación exige el artículo 1.196 del Código civil, no rige esta doctrina cuando se trata de aquella compensación, más o menos propia, que es peculiar del contrato de cuenta corriente en su sentido estricto, y que puede operar también en determinadas situaciones contractuales análogas que crean las prácticas bancarias, toda vez que el hecho de la suspensión, al producir el cierre de la cuenta, provoca la fijación de un saldo líquido que actúa a modo de compensación entre los créditos y débitos yacentes bajo las partidas del "debe" y "haber". Dados los anteriores supuestos de hecho y bases de doctrina es indudable que, por virtud de la comunicabilidad de cuentas, hay que estimar compensables en la fecha de la suspensión de pagos los créditos representados por sus respectivos saldos, a virtud de concurrir en ese día las condiciones que para que tenga lugar la compensación establece el artículo 1.196 del Código civil, ya que la cantidad que arroja el saldo acreedor de la cuenta en moneda extranjera es fácilmente determinable con sujeción a los cambios oficiales de la propia fecha, según prescribe el convenio celebrado entre el Banco y sus acreedores.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL DE FECHA 30 DE JULIO DE 1938.—*Los hijos adoptivos no están exentos del impuesto sobre el caudal relicto por los bienes que adquieran a título hereditario del adoptante.*

Fallecida la madre adoptante bajo testamento en el que instituyó heredera a una hija adoptiva, la Oficina liquidadora giró liquidación por el impuesto sobre el caudal relicto.

Recurrida tal liquidación, es mantenida en primera y segunda instancia, y ello por los fundamentos siguientes: aunque la Constitución de la República, en su artículo 43, borró la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, ello no quiere decir que los adoptivos estén comprendidos en el concepto genérico "descendientes", sin adjetivo que los condicione, no estandolo, por consiguiente, a los efectos del impuesto sobre el caudal relicto; que el artículo 54 del Reglamento, al referirse a los grados de parentesco, comprende solamente los de consanguinidad, a lo cual son ajenos los adoptados, que ni siquiera son parientes del adoptante más que en el sentido de la ficción legal aneja a la adopción; que gramaticalmente se dice descendiente el que desciende de otro por generación natural, y así se aplica el concepto por los artículos 916 al 918 del Código civil, que forman la línea y los grados por razón de consanguinidad; que, como consecuencia, ni el Código civil ni la ley de Enjuiciamiento civil, al tratar de la adopción, aplican el calificativo de descendientes a las personas que han sido adoptadas, y que la nomenclatura de "entre ascendientes y descendientes por adopción", empleada por la tarifa, es meramente enunciativa; que la supresión en la Ley y Reglamento del Impuesto de 1932 de las pala-

bras "legítimos o naturales reconocidos", aplicadas a los descendientes, es consecuencia de la equiparación, antes aludida, entre la filiación legítima y la ilegítima, y, por fin, que es principio fundamental en materia tributaria que los preceptos relativos a exenciones deben interpretarse restrictivamente (1).

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

DE FECHA 25 DE AGOSTO DE 1938.—*Las hipotecas posteriores a la que originó la ejecución del crédito hipotecario han de adicionarse al precio de la adjudicación cuando ésta se realiza por convenio entre deudor y acreedor, aceptando el adjudicatario los gravámenes posteriores al que originó la ejecución.*

En tal supuesto, no es procedente la pretensión del adjudicatario para que la base liquidable se fije por medio de la tasación pericial.

* * *

Iniciados autos ejecutivos para hacer efectivo un crédito hipotecario de 70.000 pesetas por principal, intereses y costas, ocho acreedores hipotecarios distintos del actor se subrogaron en los derechos de éste y continuaron aquellos autos.

Antes de la subasta se transigió el asunto, y llevando a efecto la transacción, se otorgó la correspondiente escritura pública, mediante la cual el deudor adjudica la finca a los ocho interesados, en pago del crédito subrogado, en precio de 85.000 pesetas, en el que se comprenden los frutos y rentas pendientes, dejando a salvo cuantos gravámenes o cargas resulten pendientes sobre la finca a favor de terceras personas, sin mencionar cuáles sean, aceptando los adquirentes la adjudicación por octavas partes proindiviso, con las cargas y gravámenes vigentes que le son conocidos, y solicitando del Registrador de la Propiedad la cancelación, por confusión de derechos en sus personas, de los gravámenes hipotecarios que resulten del Registro y en los que aquéllos figuren como titulares.

(1) El tema abordado en esta resolución está tratado extensamente por el articulista en su libro *Legislación del impuesto de derechos reales y sobre transmisión de bienes, comentada y concordada*, en el estudio del artículo 244 del reglamento, abundando en la tesis de la resolución.

El Liquidador practicó, al serle presentada la escritura, comprobación de valores, prescindiendo del que correspondería según el líquido imponible, por ser menor que el que resultaba del Registro, que era de 1.000.000 de pesetas; fijó la base liquidable en 1.232.005, resultante de adicionar a las 85.000 del precio de adjudicación el importe de las ocho hipotecas, que sumaban 1.147.005.

En definitiva, se liquidó por el concepto de adjudicación de inmuebles para pago de deudas, y la adjudicación fué recurrida alegando que algunas de las cargas estaban prescritas, y otras eran deducibles, por hallarse afectas a condición resolutoria, y que debía acudirse a la tasa-ción pericial para determinar la base liquidable.

La reclamación fué desestimada en primera instancia, y el Tribunal Económico-Administrativo Central confirma la desestimación por aplicación del artículo 100 del Reglamento, ya que, conforme a él —apartado 1.º—, las hipotecas no tienen la consideración fiscal de cargas; éstas, ténganlo o no, se presumirá que han sido rebajadas al fijar los interesados el precio—apartado 3.º—, salvo que los mismos contratantes pacten la deducción o el adquirente se reserve parte del precio para satisfacerlas, y cuando estas circunstancias no se dan, las hipotecas que quedan subsistentes se adicionan al precio para determinar la base liquidable.

El Tribunal llega a esta conclusión fundado: en que la escritura mencionada deja a salvo los gravámenes y cargas vigentes a favor de *terceras personas*; en que los adjudicatarios solicitan la cancelación de gravámenes de los que ellos sean titulares en el Registro; pero no aparecen que lo sean de las ocho hipotecas; en que se habla de gravámenes prescritos y sujetos a condición resolutoria, sin prueba que acredite esos extremos; en que no habiéndose seguido el procedimiento sumario de la ley Hipotecaria ni el ordinario de la ley Procesal civil, no han podido cumplirse para la cancelación de los gravámenes posteriores los requisitos exigidos para cancelar por los números 17 y 16 de los arts. 131 y 1.518 y 1.519, respectivamente, de aquellas leyes, ni consta tampoco que los interesados hayan instado procedimientos encaminados a obtener la cancelación de las hipotecas posteriores, como sería necesario en este caso, conforme a la resolución de los Registros de 27 de febrero de 1912, que dice que el acreedor que vendió ante Notario la finca hipotecada, tiene que pedir la cancelación de las inscripciones posteriores, no siendo suficiente la simple petición de aquél; por todo

lo cual el Tribunal entiende que las hipotecas, conforme al art. 122 de la ley Hipotecaria, subsisten en su integridad.

En cuanto a la petición de que se valore o fije la base liquidable por medio de la tasación pericial, también es desestimada porque los preceptos del art. 100 del Reglamento del Impuesto, aplicados para adicionar el importe de las cargas, se refieren a la determinación de la base liquidable con carácter obligatorio y no afectan a la comprobación de valores por no ser medio reglamentario de realizar ésta y, en su consecuencia, a los supuestos del art. 100 no es aplicable el art. 81 cuando prevé la tasación pericial como medio de comprobación.

Comentarios.—Pareciéndonos atinadas y defendibles y ajustadas al Reglamento las conclusiones deducidas por la Resolución comentada, no opinamos no obstante lo mismo del camino seguido para llegar a ellas, tanto en lo referente a la fijación de base o suma del valor de las ocho hipotecas, como en la desestimación de la propuesta tasación pericial.

En primer lugar, nos parece que en los razonamientos se confunde lo que es problema meramente fiscal o jurídico-fiscal con lo que es problema registral, y nos parece también que no hay para qué entrar en el problema de la aplicación de la norma 16 del art. 131 de la ley Hipotecaria sobre la cancelación de derecho de las inscripciones y anotaciones posteriores, única vigente y derogatoria de los arts. 1.516 y 1.518 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Lo primero, porque la supervivencia o no en el Registro, de las hipotecas posteriores y de la misma hipoteca originaria del convenio, en nada afecta a la determinación de la base fiscal tributaria, que es perfectamente ajena a los efectos civiles e hipotecarios que aquél produzca e independiente, por lo mismo, de que se refleje en el Registro y de que para ello se sigan unos u otros caminos.

Lo segundo, porque ello sería de tener en cuenta si el negocio jurídico fuera producto de un procedimiento ejecutivo, ya que entonces sería cuando únicamente y por ministerio de la ley quedarían canceladas las cargas y gravámenes posteriores, y, por consiguiente, no cabría hablar de adicionarlas o no, puesto que, al no existir, no tenían los contratantes posibilidad de pensar ni en la deducción presunta ni en estipular la deducción ni en la reserva de parte del precio para pagarlas, que son los supuestos del art. 100 del Reglamento del Impuesto.

Al ser extrajudicial el convenio, se simplifica del todo el proble-

ma: los acreedores subrogados en el crédito hipotecario adquieren la finca en 85.000 pesetas y además conocen que sobre ella siguen pesando créditos, propios o ajenos, por el montante restante hasta 1.147.005 pesetas, lo cual quiere decir que para ellos su valor es éste, sin discusión posible. Otra cosa sería si la adquisición o adjudicación fuese consecuencia de la subasta y ésta del procedimiento ejecutivo—sumario o no—, porque entonces ya sabían que los gravámenes posteriores quedaban inexistentes y cancelados de derecho, como antes hemos dicho.

Respecto a la improcedencia de la tasación pericial, nos parece fuera de toda duda la negativa del Tribunal; pero nos parece que se llega a esa conclusión llanamente con la consideración de que el valor de la base está implícito en la voluntad clara de los propios contratantes, como lo está siempre que se adquiere una finca hipotecada y además del precio que se da por ella queda el adquirente obligado a pagar la hipoteca, o sea, que a tenor del art. 100, apartado 3), ni el cedente queda con el compromiso de pagar el gravamen ni el cesionario se reserva la correspondiente parte del precio. Entonces, claro es, mal puede invocar el segundo la facultad de pedir la tasación pericial que el número 3.^o del art. 81 del Reglamento concede para pedir que el valor tributario se determine por tasación pericial.

O sea, que si ésta es un medio extremo y supremo de averiguar el valor de los bienes transmitidos, hay que referirlo a los medios comprobatorios que el mismo Reglamento da, no a los que nacen de la misma voluntad más o menos explícita de los contratantes, interpretada por el propio Reglamento.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 30 DE SEPTIEMBRE DE 1941.

Se trataba de una liquidación de contrato de suministro y ejecución de obra con arreglo a la legislación anterior al establecimiento por la ley del Impuesto de 1932 del nuevo concepto de contrato mixto, y con tal motivo se planteó la interesante cuestión relativa a si con motivo de discutirse una de las liquidaciones parciales sucesivas que estos contratos originan, puede entenderse que la primera liquidación que el documento originó y en la que se hizo la calificación del acto como suministro, es provisional y rectificable.

En el año 1926 el R. de C. L. se comprometió a realizar las obras de abastecimiento de aguas, alcantarillado, etc., de una población. El contrato fué calificado, aparte de otros actos, como suministro y liquidada la cuota entonces vigente por el importe del total suministro del primer año, y no habiéndose presentado la escritura de contrata en los años sucesivos, fué reclamada por la Oficina liquidadora, la cual giró la liquidación final correspondiente, aplicando el mismo tipo que a la primitiva liquidación y el mismo concepto.

Recurrida esa liquidación, se alegó que en la inicial, que el recurrente califica de provisional, se había cometido error de calificación y aplicación de tipo y que entonces no se formuló reclamación por tratarse de un ingreso parcial. El Tribunal provincial desestimó la reclamación fundado en que la liquidación definitiva reclamada era consecuencia legal de la primeramente practicada, la cual se hizo firme y consentida y constituyó en su día el acto administrativo reclamable, y el entrar a conocer de ella equivaldría a revisarla con incompetencia.

Aceptado el fallo, se alegó que según las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1904 y 14 de mayo de 1906, la liquidación provisional nada prejuzga, ya que es revisable de oficio al practicar la definitiva, tanto en lo referente a la cuota como al concepto, y el Tribunal Central Económico-Administrativo en 17 de enero de 1933 desestimó la apelación, fundado en que la provisionalidad de la liquidación inicial había de entenderse con relación únicamente a la base de liquidación, pero no a la calificación jurídica y fiscal del contrato, y en que las sentencias invocadas no se refieren a contratos sino a casos de herencias.

El Tribunal Supremo confirmó el anterior fallo diciendo que las liquidaciones parciales que el Reglamento del Impuesto autoriza en los casos de suministros no tiene carácter de provisionales las primeras y definitiva la última, sino complementarias hasta dejar incluído en ellas todo el importe del suministro, y por eso en el documento se hace constar la indicación de estar definitivamente liquidado, lo cual no implica la existencia de una liquidación definitiva como contrapuesta a provisional, puesto que la calificación jurídica quedó ya definida en la primera de las liquidaciones parciales.

En cuanto a la invocación del art. 118 del Reglamento sobre revisión de las liquidaciones provisionales, al practicar la definitiva, dice la Sala que si bien es cierta esa permisión de revisión, el precepto no

es aplicable porque no se trata de liquidaciones provisionales, las cuales para serlo necesitan estar autorizadas por el Reglamento, sino de parciales regidas por la misma calificación jurídica. Además, el beneficio de la función revisora sólo puede beneficiar al contribuyente cuando la liquidación definitiva se pida antes de los cinco años de la liquidación provisional, y esta circunstancia no se da en el caso examinado.

Comentarios.—Toda la cuestión estriba, como se ve, en determinar si la primera liquidación que se practica en un contrato de suministro o en un contrato mixto, puede calificarse de provisional.

Es cierto que el Reglamento en el art. 51, al tratar de la forma de liquidar los contratos de suministro y de fijar su base liquidable llama a esa liquidación provisional, y dice que las normas que él da acerca de esos contratos se aplicarán también a los de ejecución de obras y a los de arrendamiento, de que tratan, respectivamente, los arts. 18 y 16 del Reglamento.

En todos ellos ocurre que, cuando se estipulan por más de un año, no es determinable de momento la total base liquidable, como, por ejemplo, cuando en el arrendamiento no se estipula su duración; cuando se trata de minas inexplotadas y la renta está representada por una parte de los productos; cuando el arrendamiento es de recaudación de contribuciones y a tanto alzado y con determinadas condiciones y deducciones, etc. Cosa análoga ocurre en los casos de transmisión de créditos, derechos o acciones, cuando el valor de ellos no consta. Entonces, dice el art. 40 del Reglamento, se practicará una liquidación provisional sobre el valor que a requerimiento de la Administración declaren los interesados, sin perjuicio de ampliarla cuando su valor sea conocido.

Pero esta denominación de provisional no puede, de ninguna manera, referirse a la calificación que el acto en sí merezca al liquidador, sino que afecta, como es lógico, exclusivamente a la base liquidable; y de aquí deducimos nosotros que esa calificación no puede ser discutida en ningún caso al hacer los ingresos parciales posteriores, consecuencia de las liquidaciones que más que parciales debieran ser calificadas de adicionales, hasta llegar a la última y definitiva determinación de la base total.

Y no puede serlo ni aun invocando el art. 118, porque éste no facilita al Liquidador para cambiar la calificación del documento, sino

simplemente para rectificar o ampliar la base cuando de actos intervivos se trata.

Creemos que ésta es la cabal interpretación del art. 118 del Reglamento, aunque no se nos oculte que los términos de su apartado 2) no dejan de estar en su letra tan categóricos que parecen ir más allá de la intención del legislador.

Los contratos verbales y los contratos privados sobre mercaderías en relación con el impuesto de Derechos reales

En la sección de "Tribunales" de un periódico de Madrid apareció días pasados, con el título "Suministro exento de Derechos reales", un comentario que puede inducir a error a los contribuyentes que contratan con la Administración pública el suministro y la venta de bienes muebles. Y la inducción puede ser tanto más eficaz cuanto que la solución que se da al caso concreto puesto de relieve por el articulista está avalada, según parece, por una resolución del Tribunal Económico-administrativo provincial de Madrid.

Se trata, a juzgar por la exposición que del caso hace el autor del artículo, de un suministro de cosas "muebles" a la Administración, sin otro justificante escrito de la existencia del contrato que el libramiento para formalizar el pago, expedido por la propia Administración.

A esto hay que añadir que al entablar el interesado el recurso contra la liquidación que calificó el acto como sujeto al impuesto, documentó su tesis de que el contrato era verbal, y, por tanto, estaba exento del impuesto, con arreglo al artículo 6.º, núm. 5.º, del reglamento, con una certificación de la que aparecía que la adquisición de los "muebles" en cuestión había tenido lugar por gestión directa, sin mediar escrito ni documento alguno previo.

Ante esos datos y alegaciones, el Tribunal provincial, a juzgar por los antecedentes que el periódico consigna, revocó la liquidación impugnada, y, aplicando el reglamento de 1932, estimó que para que el tributo sea exigible es necesario que en esta clase de actos la transmisión se haga en forma escrita, y que al no ser ello así, debe considerarse exenta por aplicación del mencionado precepto del artículo 6.º

A la exposición del asunto añade después el autor del artículo que la resolución comentada "sienta una doctrina que, por ser de aplicación a numerosos casos, merece ser debidamente destacada"; es decir, que ni resalta que el caso está resuelto conforme al reglamento de 1932 ni tiene en cuenta que el vigente, de 29 de marzo de 1941, lo regula expresamente de distinta manera, con lo cual la desorientación del contribuyente es más que probable.

Si hoy comentáramos, por ejemplo, y destacáramos una sentencia actual del Tribunal Supremo en la cual se declarase, con arreglo a la legislación anterior al Código civil, la validez de un testamento mancomunado, sin desprenderse de nuestro comentario que aquél no admite tales testamentos, no diríamos ninguna herejía jurídica; pero, por lo menos, dejaríamos el problema en sombras para los no versados en derecho y les induciríamos a la creencia de su validez en el momento presente. Y si ese comentario lo completáramos dando a entender que la doctrina de la sentencia es aplicable a los testamentos que ahora se puedan otorgar, nuestra heterodoxia jurídica sería indiscutible.

Algo análogo ocurre en el caso que es objeto de este comentario, con la agravante de que el problema propuesto no solamente tiene solución distinta en el actual reglamento, como hemos dicho, sino que la interpretación ahora dada por el Tribunal provincial Económicoadministrativo ha sido ya aquilatada, y aun rechazada, por el Tribunal Económicoadministrativo Central, en el sentido de restringirla notablemente, en las resoluciones de 6 de febrero y 28 de noviembre de 1934, y también por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de octubre de 1941.

Acerca de la forma en que han de constar los actos en general para que puedan ser afectados por el impuesto de Derechos reales, y para que el reglamento los considere exentos o sujetos a tributación, rige este principio general, sin excepción alguna: en los actos *mortis causa* basta que esté probada la existencia del hecho originario de la transmisión para que el impuesto sea exigible; en los actos intervivos, incluso en las donaciones que tengan ese carácter, es menester, para su sujeción al impuesto, que consten por escrito, con la particularidad de que este documento escrito en unos casos bastará que sea privado y en otros será necesario que tenga la condición de público.

Supuesto, pues, que todo acto intervivos tiene que constar por escrito para que el impuesto le afecte, hubo el reglamento de traducir ese prin-

cipio desenvolviéndolo en el artículo 48 y en los números 5.^º y 8.^º del artículo 6.^º, y también en los artículos 20 y 27, siquiera en este punto no se pueda decir que es un modelo de orden expositivo, puesto que en todos ellos se repite el principio sin la suficiente claridad, y sobre todo sin las referencias que parecían lógicas y obligadas.

El resumen de todos ellos es éste: para que el impuesto sea exigible en los contratos de préstamo personal, pignoraticio o con fianza personal y en los de cuentas de crédito y de depósito retribuido (artículo 27), así como en la transmisión por contrato de acciones u obligaciones de sociedades o corporaciones, se requiere la existencia de escritura pública o documento judicial o administrativo (arts. 48 y 20); en todos los demás actos intervivos la posible sujeción de ellos al impuesto requiere la constancia por escrito. Como consecuencia de esas normas, el reglamento consignó concretamente en los números 5.^º y 8.^º del artículo 6.^º la exención de los contratos verbales, la de los contratos privados sobre mercaderías que se verifiquen por correspondencia y la de los contratos verbales meramente, que se verifiquen en establecimientos o sitios públicos de venta.

Esa era la legislación anterior al actual reglamento de 29 de marzo de 1941, consignada en el de 1932, y según ella, las adquisiciones que la Administración hacía en la forma llamada de "adquisición directa" es claro que podían, en principio, considerarse exentas como contratos verbales de los expresamente exceptuados en el número 5.^º del artículo 6.^º, como las de los también verbales o por correspondencia, a los que el número 8.^º del mismo artículo también exceptúa del impuesto.

Estas adquisiciones así llamadas de "adquisición directa", ofrecen la particularidad de que, por medio de ellas, la Administración se provee de bienes o cosas muebles sin contrato previo ni tampoco concurso ni ninguna otra forma antecedente de concierto de voluntades sobre la cosa y el precio solemnizada por escrito, y de ahí su encaje en la exención característica de los contratos verbales.

La jurisprudencia, no obstante, como antes hemos dicho, ya había restringido la aplicación de la exención a esa clase de ventas, aplicando la máxima de que las exenciones tributarias han de aplicarse con criterio riguroso, y teniendo también en cuenta, sin duda, que en esas adquisiciones es frecuente, y aun general, que existan antecedentes previos o paralelos a ellas, y en no pocos casos posteriores, que al constar por

escrito hacen que la calificación del contrato como verbal no encaje en los términos literales de esos números 5.º y 8.º del artículo 6.º con holgura, o, cuando menos, que ofrezcan dudas razonables sobre tal nomenclatura.

Compárese, por ejemplo, el caso de un habilitado de una dependencia oficial que adquiera directamente, con los fondos del material de la misma, los útiles que en aquélla se necesiten y los abone también directamente, con aquellos otros casos, no menos frecuentes, en que ese mismo habilitado expida vales al comerciante proveedor, al cual, posteriormente, se le extiende un libramiento por la correspondiente oficina de la Administración, que le sirve para hacer efectivo el importe de la venta, y, hecha la comparación, se verá cómo la diferencia entre uno y otro caso surge y cómo el segundo adquiere matices que le diferencian del contrato meramente verbal a que hacen referencia los antedichos números del artículo 6.º, sin que con esto queramos nosotros sostener que tal supuesto pueda en rigor jurídico ser calificado de contrato escrito y preexistente o coetáneo a la convención y a la perfección del contrato.

Ciertamente no será esa la calificación adecuada, pero también es verdad que, con el mismo rasero rigorista, tampoco parece la más propia la especificación jurídica de contrato meramente verbal.

Estos supuestos y otros semejantes, nacidos de modalidades parecidas a las expuestas, que el casuismo de la realidad presenta a menudo, son los aquilatados por la jurisprudencia a que más arriba nos referimos, y son también los que el nuevo reglamento de 29 de marzo de 1941 quiso dejar fuera de duda y de discusión, y al efecto adicionó al artículo 48 un último párrafo, que dice así: "Para la exacción en los contratos de suministro y ventas de bienes muebles al Estado bastará que exista cualquier diligencia o actuación administrativa escrita por la que pueda determinarse el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato y el precio estipulado. Estas diligencias o actuaciones, aunque se califiquen de gestión directa, deben considerarse como la manifestación escrita y prueba del contrato celebrado."

Puede, pues, resumirse la doctrina sobre el caso diciendo que actualmente "cualquier diligencia o actuación escrita" priva a esos contratos de su condición de verbales, y, por ende, de la posibilidad de declararlos exentos, y que a los causados bajo la legislación anterior puede serles

aplicable la exención, pero restrictivamente interpretada, a tenor del criterio jurisprudencial; lo cual, en fin, quiere decir también que la doctrina sentada por la resolución del Tribunal Provincial Económico-administrativo de Madrid y por el comentarista del periódico generalizada sin distingos no puede ser invocada después de publicado el vigente reglamento del impuesto de Derechos reales, como aplicable a los actos producidos después de su vigencia, ni tampoco, al menos sin reservas, a los que se causaron bajo el imperio del de 1932.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ VILLAMIL
Abogado del Estado

VARIA

GAETANO MOSCA: *Historia de las doctrinas políticas*. Editorial Revista Derecho Privado.—Madrid, 1941.

La conocida Editorial de la *Revista de Derecho Privado* ha publicado la traducción de la tercera edición italiana de *La historia de las doctrinas políticas*, del Catedrático de la Universidad de Roma Gaetano Mosca, hecha por el Profesor de la Universidad de Santiago de Compostela D. Luis Legaz y Lacambra. Como se dice en el prólogo a la primera edición de la obra, el volumen publicado por la Editorial es un resumen fiel, y más bien amplio, de las lecciones de "Historia de las Instituciones y de las Doctrinas políticas", que con ligeras variantes de un curso a otro Mosca dictó en la Universidad de Roma.

La obra del Profesor Mosca es un notable estudio y conocimiento de las doctrinas políticas de la Humanidad, a través del tiempo y de las vicisitudes de todo orden. Empieza por el examen de los primeros agregados humanos en los pueblos de Oriente, continúa con las instituciones políticas de la Edad Antigua y Roma y primeros siglos de la Era cristiana en la Edad Media; siguen las luchas entre el Papado y el Imperio, los Municipios, los Señoríos, escritores políticos de la segunda mitad del siglo XIV y del siglo XV; revolución francesa; doctrinas políticas de Inglaterra en los siglos XVIII y XIX, el socialismo, la doctrina del superhombre y las teorías racistas.

El libro tiene un marcado carácter didáctico, presentando un panorama completo de las ideas políticas y de sus métodos. Como escrito por un italiano, da demasiada importancia a ciertos escritores políticos de su país, cuya huella en la literatura jurídica es muy débil, y en algún caso podíamos calificar de nula, como, por ejemplo, la del autor de *Las esperanzas de Italia*, olvidando el contenido de los

escritores políticos de otros pueblos, y lo que es más doloroso para nosotros, de nuestra España. Así lo reconoce el traductor, del que son estos párrafos, en su nota sobre "personalidad científica y política del senador Profesor Gaetano Mosca":

"No es, desde luego, un libro que pueda considerarse completo. A menudo se echan de ver omisiones chocantes. No es nuestra misión completar estas lagunas. Solamente nos hemos creido obligados a ello cuando se ha tratado de remediar la deficiencia que Mosca padece en común con casi todos los escritores extranjeros: la omisión casi absoluta del pensamiento español. Precisamente en este punto es donde esta omisión está más injustificada que ninguna otra rama del saber; pues escritores políticos de acusada personalidad los ha habido en todo tiempo en España."

Tal deficiencia la suple el Profesor Legaz con un apéndice, que contiene una "sucinta reseña histórica de las ideas políticas de España" y que nosotros hubiéramos querido ver ampliada por el Catedrático de Santiago, y con ello ganar los españoles, para el acervo común de sus ideas políticas, una nueva obra sobre la propia Historia, en la que no se hubieran olvidado nuestros grandes escritores políticos, como sucede con la traducida.

La obra de Mosca cumple a la maravilla sus fines, rectamente expresados por el traductor en las siguientes palabras: "Los estudiantes de Derecho, y en general los juristas profesionales, que se resienten siempre de una deficiente formación e información sociológica y política, encontrarán en ese libro una útil cantera informativa, seria y honradamente escrita, muy aguda en la observación y la crítica, llana y asequible en la exposición, y sin el lastre de un farragoso aparato bibliográfico, tan necesario en una obra fundamental, como inútil cuando sólo se trata de un trabajo para no iniciados, y que, por tanto, no han de utilizar más que una bibliografía elemental."

Contribuye, pues, grandemente al estudio de las doctrinas políticas, labor bastante difícil, debido a la complejidad de la vida moderna, exponiéndolas de una manera condensada, lo que hace fácil su asimilación, y refutándolas, en general, con método, cuando las estima equivocadas. Así, por ejemplo, son conocidas las doctrinas de Marx sobre el capitalismo, partiendo del concepto del valor en cambio, que para el corifeo del socialismo es tanto como la relación que se establece entre las mercancías por razón del trabajo abstracto que

cada una acumula; pues bien: Mosca las rechaza, por considerar el concepto falso, nacido de una interpretación de la realidad económica. "ficción manejada en hipótesis, según Sombart, para averiguar no tanto lo que ha sucedido y sucede cuanto lo que sucedería, de ser cierta la ficción".

Es interesante también para el lector español la exposición de las doctrinas políticas de escritores patrios, que comprenden las páginas 269 a la 341 del libro. Lástima, repetimos, que el Dr. Legaz nos deje, como vulgarmente se dice, con la miel en los labios. Su breve reseña histórica está pidiendo a voces una ampliación, pues en lo que va de siglo, seguramente por el descenso cultural de la Universidad española, zarandeadas por los vendavales de la política, no han sido muchos los escritores patrios que se han ocupado de ella.

Hay que volver a airear las doctrinas de San Isidoro, de Sevilla; de las Partidas, de Alfonso X el Sabio—"expresión del pensamiento político medieval en torno a los conceptos del Imperio y Monarquía"—; Vitoria, Soto, etc., y saltando ya hasta nuestros días, poner al alcance de todas las inteligencias las doctrinas de Donoso Cortés, Balmes, Menéndez Pelayo, Escuelas de "Acción Española", "Falange", etcétera, que son fundamento, nervio y raíz de la España eterna y progresiva: los tres pilares del movimiento actual.

Para tal labor está suficientemente preparado el Catedrático señor Legaz, y de desear sería la emprendiera, aunque tuviera que abandonar otros trabajos literarios, a que su dinamismo le tiene sometido.