

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVII.

Octubre de 1941

Núm. 161

Derecho de fincas

I Desviación económica del Derecho —II Reacción —III. Problemas de orden constituyente Propiedad sobre fincas. Derecho inmobiliario. Registro jurídico de fincas. Crédito territorial.—IV Al servicio de la nueva concepción. Autogarantía real Cura objetiva.

I. El signo económico que presidió la formulación del Derecho de los últimos tiempos produjo consecuencias de extraordinaria importancia. Apuntamos entre ellas:

A) *Tendencia unificadora del objeto de derecho.*—Se retorna al principio de unidad de objeto de los derechos no desarrollados, aunque por distinta vía. Se identifican el interés jurídico y el valor económico. Muebles, inmuebles, créditos, productos del espíritu se equiparan en la medida de su valor. (*Wert Prinzip.*)

B) *Comercialidad.*—Los bienes son valores jurídicamente demarcados y asignados, que proporcionan a su dueño, no sólo una utilidad de consumo, explotación o uso, sino también la *utilidad de realización*, de una sustitución económica conveniente.

Los bienes son medios de adquisición. Su valor de satisfacción o afección motiva escasas derivaciones jurídicas. Lo que importa es el *valor en venta* de los bienes, que fija la bolsa, el mercado, la tasación pericial. La comercialidad deviene nota general del objeto de derecho. Y es un valor en sí.

C) *Sustantividad jurídica del valor del objeto y de las partes del*

valor.—Sobre la base del valor—centro, según vimos; de atracción jurídica—se intenta el replanteo del Derecho de bienes. Se distingue la titularidad dominical de la cosa de la asignación del valor de la cosa, coincidentes o no en una misma persona. Y así como el concepto unitario de la propiedad y la teoría de las partes integrantes ponen cierto coto al fraccionamiento jurídico, el valor, representación numeraria—mueble, fungible, divisible—, proporciona materia a la división semiatómica. Esta trasposición, verdadero movimiento de traslación del Derecho, se detiene, por una profunda reacción de vitalismo jurídico, en el punto crítico en que amenazaba consumarse.

Por lo que respecta a la propiedad inmueble, la tendencia económica del Derecho halló encarnación en el llamado Derecho Inmobiliario, que tuvo la fortuna de encajar definitivamente la institución, del Registro jurídico de fincas.

Amanece en el siglo pasado un general apasionamiento legislativo en relación a la transmisión y gravamen de los inmuebles, y se ofrecen refinadas y toscas técnicas a los desenvolvimientos del crédito territorial. Pero esta ardiente vocación jurídicoinmobiliaria muestra un cierto desvío a la tierra *por lo que ella es en sí*. Pretende movilizar la propiedad inmueble. En realidad los juristas pierden la tierra tanto como la ganan los economistas.

II. Pero esto, de un modo que conviene explicar. Porque las soluciones jurídicoinmobiliarias que se produjeron al influjo de los expresados principios muestran esencialmente: a) el ser, según se dijo, producto de un tratamiento preferentemente económico; b) de una economía particularista.

El Derecho—media estimativa de valores—no puede cabalgar con tal decisión sobre el interés económico, que a veces ostenta simple rango secundario.

Por otro lado, la economía que tradujeron tales soluciones fué una economía semiprivada, una economía de partido; de sistema inmobiliario capitalista. Contra esto es la propia Economía quien reacciona, ya que para ella el interés decisivo de las fincas no es el particular, que ciertamente ayuda, sino el general, que se corresponde con una política económica objetiva y, aún mejor, totalitaria.

Por eso la reacción que se acusa contra tal desviación económica del Derecho en el campo inmobiliario no es estrictamente jurídica. Más bien es la resultante de una aspiración económica de planificación, más

fuerte o más suave, con una vocación jurídico-inmobiliaria de esencia, que ama la tierra y reconoce su destino.

Esta vuelve a ser así la cosa noble por excelencia. Pero esta nobleza de la tierra no es sólo una nobleza que se escapa hacia el dueño—la tierra da nobleza—(1), sino una nobleza objetiva: la tierra tiene exigencias que ha de cumplir quien vive en ella y de ella.

No puede abusarse impunemente de las fincas. No pueden fraccionarse a capricho. No pueden endeudarse sin motivo (2). La tierra tiene un fin esencialmente humano que cumplir.

Recupera así la tierra su natural posición inmóvil al propio tiempo que obtiene un cierto trascendentalismo activo, *cuasi fundacional*: porque es asiento de familias, cimiento de razas y elemento estatal.

III. El nuevo sentido que de este modo cobra el Derecho de fincas o inmobiliario pone al descubierto y en juicio las bases materiales y formales, nomenclatura y finalidades de la propia ordenación:

PROPIEDAD SOBRE FINCAS

Las críticas que suscitó el sistema capitalista inmobiliario y el amplio ataque de que fué objeto la *propiedad privada* territorial no se produjeron en vano. De ellos es resultado un nuevo derecho de propiedad preñado de deberes (3), cuya construcción se intenta como concesión pendiente del dominio eminente de la Comunidad y como atribución fiduciaria de la misma. De cualquier modo, tal derecho corresponde al

(1) Damos por enterados a nuestros lectores de las disposiciones que sobre la regulación del estado de hacendado y sus prerrogativas contiene la ley alemana de la Comunidad de la alimentación de 13 de octubre de 1933 (*Gesetz über den Aufbau des Reichsnährstandes und Massnahmen zur Mark- und Preisregelung Landwirtschaftlicher Produkte*), de las que se ocupó con cierta detención esta REVISTA: D. Jerónimo González: "Orientaciones del Derecho Inmobiliario" (núm. 137), y García del Moral: "La reforma del Derecho privado en Alemania (conferencia de D. Nicolás Pérez Serrano)" (núm. 155).

(2) Va ya para quince años que, en un ensayo de juventud—Ideario notarial—me dolía de la verde tierra nutriz acribillada por el puñal de oro del crédito.

(3) Aun cuando este nuevo concepto de la propiedad aparece ligado a la dogmática nacionalsocialista, es lo cierto que, con pocas diferencias, fué ya formalmente expresado en el artículo 153 de la Constitución de Weimar: "La propiedad origina deberes y su disfrute significa al mismo tiempo un servicio al interés general." Lo que, en realidad, hicieron los nuevos juristas fué dar cuerpo a ese interés general cristalizándolo en la Comunidad.

titular en la Comunidad (1) y sólo en el sentido de una coincidencia de intereses (2).

Pero el hecho es que la subsistencia de la *propiedad privada* de fincas—sea cual sea la forma en que se constituya—aparece al margen de la zona polémica, y es por ello punto seguro de arranque para el tratamiento de la actual problemática inmobiliaria.

DERECHO INMOBILIARIO.

Precisa este Derecho 'hondo reajuste conceptual, sistemático y terminológico, cuestiones estas que parecen no apasionar hoy día a los juristas alemanes. Sin embargo...

El Derecho Inmobiliario, tal como hoy se entiende, no es otra cosa que una formación histórica, obra de una *técnica de circunstancias*,

(1) Se hace imprescindible una noción de la Comunidad, que desarrollamos, resumiendo conceptos de Schmelzeisen: Presenta la vida dos definidas formas de unión humana: la horizontal y la vertical. Descansa la primera en el amor y la fidelidad. La segunda, en el poder y la sumisión. En la Comunidad se funden ambas formas para la consecución de un objetivo superior. Así, la Comunidad resulta una totalidad más elevada, y una totalidad en el sentido de superación del contraste. Y esto, bajo el viejo lema: uno para todos y todos para uno. Sobre este principio de Comunidad se organiza la vida del pueblo—familia, *Status*, la suprema comunidad nacional.—Según la distinta finalidad, prepondera en las Comunidades el principio de subordinación o de ordenación lateral. Pero de ningún modo están sometidas a una ordenación invariable; antes bien, su ordenación es susceptible de cambio como su pensamiento. La Comunidad es ley y vida al mismo tiempo. Es un organismo. El centro convergente de todo el pensar y razonar jurídico alemán (Schmelzeisen. *Das Recht in Nationalsozialistischen Weltbild-Hirchfeld*.—Leipzig, 1934).

(2) Pero es corriente la coincidencia de intereses entre el titular y la Comunidad. A este efecto dice Manigk: "La Comunidad y el individuo forman en la vida una unidad, de modo que muchas veces se juntan sus intereses. No hay, quizá, para la disquisición actual punto, entre los tratados por Ihering, tan rico en conclusiones como aquel sobre la coincidencia natural de los intereses, que tiene por consecuencia que lo que pretende el que aparentemente obra por egoísmo y lo que, por tanto, le induce a obrar, sirva precisamente a la conservación de la totalidad y a la Comunidad. Esta astucia de la vida social la habrá de tener presente el legislador. "Resulta, pues, que mientras parece que jugamos, servimos a la patria." Frecuentemente quedará la Comunidad satisfecha con el provecho *mediato* que tiene el acto privado al lado del provecho *inmediato*, sin el cual, sin embargo, desaparecería. Sería, por tanto, un fracaso que el Estado negara la sanción a un tal acto, que sirve en primer término al propio interés de los que obran." (Manigk, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*.)

que no debe alentarse (1). Y cuya explicación se encuentra en la fuerte atracción que produjo la institución del Registro inmobiliario, que motivó una excesiva fijación de materia en torno suyo.

La razón de objetividad—huyo del término sustantividad—del Derecho Inmobiliario recibido no es más que ésta: la de *referencia registral*. Derecho Inmobiliario, puede decirse, es un conjunto de normas, directa o indirectamente, referidas al Registro jurídico de fincas.

Pero tal coincidencia, suficiente a la formación de un índice alfabético por materias, de los que se estilan en las colecciones de leyes, no basta por sí sola a fundamentar un Derecho, que no debe ni puede tener caprichosa existencia, sino ser fruto de una verdadera sistemática: la que distingue—y, por cierto, sin una precisión envidiable—la rama de Derecho y la institución jurídica.

(1) Los criterios no coinciden—ni pueden coincidir—en la fijación de su especial contenido, si bien es indudable este *minimum fijo*: parágrafos 873 al 902 y 925 al 928 del libro III, y ley del Registro Inmobiliario (*Grundbuchordnung*), con precedentes en otras dos ordenaciones paralelas: ley prusiana de adquisición de propiedad y gravámenes de fincas, y ley del Registro Inmobiliario prusiano de 8 de mayo de 1872. Pero, ¿es posible prescindir de los parágrafos 93 al 98 del G. B. G.? ¿Y del 135 al 137? ¿Y de los 184 y 185? ¿Y de las demás disposiciones que sobre fincas y el Registro se contienen en el propio Código alemán? ¿Y de las innumerables que aparecen en las más diversas leyes? Y... ¿adónde nos conduciría este espigar constructivo?

De cualquier forma, el complejo resulta sin homogeneidad, y es extraño que se haya ido sosteniendo a través de los maravillosos estudios de que fué objeto, en ninguno de los cuales, por cierto, se define indiscutiblemente, como, que se trata de un concepto *describible*, pero no *definible*.

Su importación en países de distinto sistema, como el nuestro, donde el Registro acusa direcciones parciales, no podía realizarse íntegramente sin comprometer buena parte de su ya escasa aglutinación. De aquí, el doble esfuerzo de nuestros tratadistas para dar unidad a una noción que carece de ella y para vencer las dificultades de *adaptación al clima*, con forzosas pérdidas de sustancia o cualificación.

Entre los intentos realizados destacan, por su brillantez y pureza de líneas, los de los compañeros Roca Sastre—*Instituciones de Derecho Hipotecario*, en publicación—y Giménez Arnau—*Tratado de Legislación Hipotecaria*—. Para el primero es Derecho Inmobiliario aquel que regula la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles en relación con el Registro de la Propiedad, así como las garantías estrictamente registrales. Para el segundo, el conjunto de normas a que debe sujetarse la constitución, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Entre los dos caminos que, como adelantamos, cabía seguir—prescindir de la propiedad extrarregistral o del Registro como centro de convergencia—, cada cual elige el suyo. Pero, de un modo u otro, tanto en la estilización del concepto como en su adaptación a nuestro especial ordenamiento, se desnaturaliza la concepción del Derecho Inmobiliario.

Y ella nos dice que el Derecho Inmobiliario, según se entiende, rebasa las condiciones de un simple derecho institucional, sin ostentar, por otra parte, el volumen de instituciones preciso, ni las que en él supongamos la cohesión necesaria a la integración de una rama jurídica. Es más bien un núcleo institucional de carácter formal—Registro inmobiliario—, que, naturalmente, se corresponde con todo el conjunto normativo: *Derecho de fincas*—propriadamente inmobiliario, como luego veremos—, unido a instituciones, si se quiere, o fragmentos institucionales de este mismo Derecho de fincas. Y, dentro de él, el hoy llamado *Derecho Inmobiliario* no logra diferenciación natural alguna estática, dinámica (1) ni de conjunto.

La antigua rúbrica *Derecho civil* abarca aún heterogéneos cuerpos de normas agrupados al peso de la tradición jurídica. Uno de estos cuerpos de normas se refiere a los llamados *derechos patrimoniales*, que recaen, de un modo u otro, sobre objetos externos susceptibles de rendir una satisfacción por disposición o goce: derechos de cosas, derechos de crédito, derecho hereditario, derechos en energías y derechos sobre bienes materiales. Todos estos derechos son susceptibles de una amplia ordenación común, aunque las especialidades que naturalmente derivan de su peculiar estructura o concreción objetiva aconsejan como preferible un tratamiento diferente, con instrumentaciones, singulares, unas, y más o menos comunes, otras, que es lo que hace el Derecho moderno.

Pero dentro del grupo *derecho de cosas* se manifiesta asimismo cierta profunda divergencia objetiva, que, si hasta ahora no afectó hondamente a los sistemas, es tan natural como las anteriores y tan rica en consecuencias: la de bienes muebles y fincas. Unos y otras dan

(1) Se ha abusado mucho en estos últimos tiempos de las nociones contrapuestas estática y dinámica, de las que se hacen aplicaciones variadísimas.

En el sentido de diferenciación del objeto de conocimiento se utilizó con éxito, en el campo de las ciencias naturales, de donde posiblemente se derivó a otras disciplinas. Su simplicidad desentona con la riqueza lógica de las ciencias de fines.

Por ello su empleo en el Derecho, en tal sentido, es frecuentemente producto de una franca impremeditación filosófica.

Como explicación del Derecho Inmobiliario tiene escasa significación, según puede verse considerando el objeto y fin que al mismo se asignan. El primero, concretado principalmente en la titularidad de los derechos sobre fincas *en sí* y en sus variaciones. En cuanto al segundo, superada la concepción económico-capitalista-inmobiliaria, resulta preferentemente estático: de determinación y legitimación. El párrafo 891 del B. G. B. resulta fundamental en tal sentido.

fundamento a dos distintos órdenes de Derecho, que se traducen en la naturaleza, extensión y número de las relaciones que tipifican (1) y atienden, nacimiento, modificación y pérdida. Surge así, plenamente diferenciado, un derecho de fincas, o Derecho Inmobiliario, de alcance bastante semejante al que vislumbró Oliver: como conjunto de normas relativas a los derechos sobre fincas.

Aunque en los trabajos preparatorios del *Volksgesetzbuch*, llevados a cabo por la Academia de Derecho Alemán, no haya prosperado la tesis de dedicar un libro especial a la propiedad fundaria, es lo cierto que se extrema la separación, ya tajante en el B. G. B., de bienes inmuebles y fincas; que en su ordenación de una propiedad general latén dos propiedades muy distintas; que, en fin, se acusa la evolución de múltiples modos.

¿Y el derecho registral de fincas? Existe el *Derecho registral*—que en tiempos concebí como rama de otro más extenso: el *legitimador*—, derecho eminentemente formal, y existe la rama *derecho de fincas*, o *inmobiliario*, con los contenidos materiales y formales que supone la definición que adelantamos. Pues bien: el derecho registral de fincas se sitúa en la zona de confluencia de aquellos dos derechos, ostentando simple relieve institucional en una y otra rama jurídicas.

A base de él procede la liquidación de materias del actual Derecho Inmobiliario. Su parte formal—organización, supuestos y procedimiento—constituiría una institución particular del derecho de fincas o inmobiliario—Registro jurídico de fincas, inmobiliario, de la propiedad inmueble—, mientras que su parte material, por un simple juego de inercia—es de notar que el Derecho Inmobiliario actual es, según insinuamos, una ordenación que hizo la técnica a espaldas del legislador—, se sentirá atraída a sus naturales posiciones institucionales (2).

(1) Hay tipos de derechos comunes a ambos la propiedad (pero se discute que sea la misma propiedad), la posesión (pero cumple funciones distintas), el usufructo (que es, en realidad, diferente), el uso. Los derechos de garantía presentan modalidades diferentes en uno y otro orden, excepto la anticresis (pero nuestro Código no acepta la anticresis mobiliaria, que sólo tiene asomo a través de la prenda). Sobre fincas recaen los derechos de superficie y demás semejantes al dominio, los censos y demás cargas, habitación, servidumbres reales...

(2) Cada cual puede hacer de su persona el centro del Universo. Pero ¿qué diríamos de un *Derecho Registral del estado civil* que absorbiera la total preceptiva del nacimiento y extinción de la personalidad, capacidad y sus modificaciones, matrimonio, vecindad, filiación, etc., o de un *Derecho Registral Comercial* que regulará la

Ni que decir tiene que deberá rechazarse la *anacrónica* expresión *Derecho hipotecario* para designar análogo o diferente contenido que el inmobiliario.

REGISTRO JURÍDICO DE FINCAS

Bajo el signo económico del Derecho, según vimos, se revalorizó esta vieja institución germana, forzando de tal modo sus desenvolvimientos y apurando su evolución, que, por diversas consideraciones, puede estimarse como una de las creaciones sobresalientes del Derecho moderno.

El Registro jurídico de fincas resistirá, con escasas desviaciones esenciales, la adaptación al nuevo orden inmobiliario.

El principio de publicidad evolucionará en un sentido que podríamos decir de sustantividad en la legitimación: no se trata de dar seguridad al tráfico, sino simplemente de que la *comunidad es parte*.

La moralización del Derecho—traducida hoy únicamente en un principio, el de la buena fe, con juego prácticamente negativo—, su justicismo y publicitación, acusarán exigencias relevantemente positivas: causa en el triple aspecto moral, jurídico y social.

Por lo demás, el Registro Inmobiliario es mecanismo apto para insertar el titular en la comunidad.

CRÉDITO TERRITORIAL

La especulación inmobiliaria contraría el natural destino de las fincas. Subvierte el proceso de explotación, al apreciar finalidades transitorias, con descuido de las permanentes y de largo plazo. Desvía, en fin, al propietario de la empresa que la comunidad le encomienda: la producción del hoy y del mañana. El crédito territorial es frecuentemente un disolvente de fuerzas productoras.

Pero ha de reconocerse que los males achacados corresponden, mejor que al crédito territorial, a las aplicaciones crediticias desentonadas, al endendamiento (*Überschuldung*). También el crédito territorial es

capacidad, incapacidad para el ejercicio del comercio, prohibiciones, constitución y extinción de las sociedades mercantiles .?

un activo aunador de esfuerzos. Por otro lado, reconocida del modo que vimos, la *propiedad privada* de fincas, no debe impedirse la fundación de una acomodada economía de explotación (*Betriebswirtschaft*) sobre su garantía.

Llega a justificarse así el establecimiento de un crédito territorial moderado.

En cuanto a las formas del mismo, hay que reconocer que, a pesar del ataque de que algunas son objeto, ninguna es repudiable por naturaleza. Todas sirven para lo bueno y para lo malo. La revisión afectará principalmente a extremos de carácter procesal.

Ahora bien: ¿cómo se llega a la implantación del crédito territorial moderado? El problema presenta muy complejas dificultades.

IV. A los desenvolvimientos de un nuevo derecho de fincas pueden servir algunas de mis construcciones (1), entre ellas, las de *autogarantía real* y *cura objetiva*, que a continuación expongo brevemente.

AUTOGARANTÍA REAL

Dos principios que el Derecho moderno acoge en términos de gran amplitud deben ser objeto de cuidadosa tamización: el de la responsabilidad patrimonial y el de libre creación de garantías reales específicas (2).

El hombre descarga su responsabilidad en las cosas, en todas sus cosas. Paralelamente, el acreedor enfila su agresión sobre el patrimonio del deudor, trabando sus bienes a libre arbitrio (3) o con sujeción al orden que abstractamente señala la ley (4).

Pero ¿no hay en ello una cierta *injusticia objetiva*, algo que acontece como en contra del orden natural de las cosas?

La finca rústica F., de la provincia de Badajoz, responde de los sa-

(1) Hoy a plan de reelaboración, por destrucción de casi todos mis papeles en el saqueo que los rojos hicieron en mi casa de Tomelloso.

(2) El principio de libre creación de garantías reales específicas no es, en otros países, tan absoluto como en el nuestro. El legislador alemán y el suizo ensayaron un orden de limitaciones cuantitativas reflejado en el parágrafo 237 del B. G. B. y artículo 117 de la ley de Introducción (éste con desenvolvimientos interesantes) y en los artículos 843 y 848 del Código civil suizo.

(3) Sistema de la *Zivilprozessordnung* alemana.

(4) Artículo 1 447 de nuestra ley de Enjuiciamiento civil.

larios devengados por M., mecánico del taxímetro T. de Madrid. Y esto, ¿por qué? Porque el coche y la finca corresponden al mismo propietario. Pero... ¿por qué? ¿No resulta extraña esta solidaridad que liga una fábrica de bicicletas y un monte de caza al pago de un collar de perlas?

Pero hay más: el juego de responsabilidad más arbitrario puede fijarse sobre una finca por la sola voluntad del dueño de ella, y esto en condiciones de rigurosa intensidad, hasta ser dogal que oprima o destruya las posibilidades de un normal desarrollo económico.

Para centrar los principios expresados pueden valernos otros dos: *grava la finca su propia economía; excepcionalmente pueden afectarla débitos de distinto orden.*

El primer principio no suena a nuevo. Bulle, sin concreción ni generalización adecuadas, por diferentes instituciones: derecho de retención, crédito refaccionario, prelación de créditos—vid. art. 580 del Código de Comercio y arts. 31 a 35 de la ley de Hipoteca naval—...y en nuestro Derecho, además, en la hipoteca legal tácita, de los números 5.º y 6.º del artículo 168 de la ley Hipotecaria.

Las fincas van a su destino económico conducidas por su propietario, que no ha de estorbar, sino facilitar, su natural desenvolvimiento. La conducción se realiza conjugando productos y aplicaciones, ya en forma simplemente administrativa—gestión económicojurídica normal—, ya transformativa. De cualquier modo, cada finca o grupo de fincas unidas en la explotación—coto fincario—constituye, naturalmente, una empresa.

Tiene contacto esta doctrina con la de los patrimonios separados, y muy especialmente con la mercantil de limitación de responsabilidad patrimonial del naviero, que constituye al buque en verdadero *sujeto de responsabilidad*. Pero ha de observarse que la autogarantía real reacciona objetivamente—no es un *beneficio del deudor*, sino un *derecho de la cosa*—y activamente—sometiendo la voluntad del sujeto a la *razón del objeto*—. Por otro lado, lo que así se pretende no es tanto limitar la responsabilidad de las fincas como el hallar una medida que pueda servirnos de base en su graduación.

Y, efectivamente, la *economía de las fincas*, desligada de la de su propietario, no obstante la directa relación en que una y otra se encuentran, puede facilitarnos el término que buscamos, término que corona un proceso normal de inserción de responsabilidades y es punto de

arranque para otro, fundado ya en motivaciones especiales, que ha de estimar directamente la ley, o el Tribunal o funcionarios correspondientes.

Opera en sentido positivo la autogarantía real: a) imprimiendo una especial dirección al principio de responsabilidad patrimonial; b) prestando justificación a la formación de derechos reales de garantía.

Opera negativamente: a) limitando el campo de la ejecución forzosa; b) restringiendo, en el sentido de la finalidad del crédito, el principio de libre creación de los derechos reales de garantía.

Es interesante la formación del cuadro de motivaciones especiales, que, en general, o ponderando ciertas circunstancias objetivas y aun personales del propietario o su familia, pueden conferir realización judicial o autorizar la formación de garantías específicas sobre el límite indicado.

CURA OBJETIVA

Arranca de otra construcción mía: la de cura, expresión que hubiera cambiado muy a gusto por la de tutela (1). Pero reconozco las ventajas de un término no gastado para la claridad de la exposición y mayor precisión en las ideas.

Hay cura cuando por el ordenamiento se atribuye a alguien la actuación de derechos y deberes ajenos o una intervención material—no formal simplemente—decisiva en el mismo.

El Estado, o, si se quiere, la comunidad, fía a un obiar extratitular—de ejercicio o control de ejercicio—la obtención de un resultado correcto. Es, pues, fundamentalmente, la cura un otorgamiento de confianza de la comunidad, y a veces, según veremos, un *desplazamiento de la confianza*. La base sobre que se fundamenta tal relación fiduciaria es muy diversa—sentimiento paternal y de parentesco, cariño conyugal, conocimiento e imparcialidad del Juez, interés del donante, del posible titular, etc.—.

Figura de amplios contornos, resulta dócil al establecimiento de innumerables diferenciaciones en relación a su duración, trascendencia, con-

(1) Mi aspiración es, a la postre, lograr una unificación de la tutela; pero, entendiéndose bien, no en el sentido parcial y exclusivista en que lo hizo, o creyó hacerlo, nuestro Código, sino en forma amplia, plenamente integradora.

tenido y organización. Así cabe hablar de curas permanentes y de curas transitorias; curas de ejercicio y de mera intervención, y, tanto unas como otras, generales y singulares; curas que trascienden al negocio jurídico como supuesto de existencia o como simple requisito de eficacia; curas propiamente orgánicas—con elementos especiales, personales o colectivos, únicos o múltiples, y éstos, horizontal o verticalmente enlazados—, y curas de elementos personales indiferenciados, especialmente en la persona del juez, lo que da lugar a que corrientemente se confundan determinados actos de cura con los propiamente judiciales (1).

La institución se distingue claramente de ellos y de los demás actos de autoridad, aun cuando ostente a veces tal carácter, como se distingue también de las otras especies de asentimiento, cuando en tal forma tiene expresión. Y de las siguientes figuras afines, actos del titular aparente, representación, obrar de las personas jurídicas, actuaciones de autenticación y formalización.

La construcción surge, lógicamente, en toda su hondura, sometiendo los materiales legislativos a un doble proceso de sintetización y diferenciación:

a) La relación que existe entre la patria potestad, la tutela y la curatela no es de simple analogía y semejanza. Las tres instituciones tienen un fondo esencial común: la actuación de derechos y deberes ajenos (2), o una intervención material decisiva en el mismo, por atribución del ordenamiento (3). No una gestión de bienes ajenos, puesto que tales instituciones no presuponen en modo alguno la existencia de una especial estructura económica (4).

(1) Entendemos por funciones propiamente judiciales las contenciosas de cognición, realización de derechos y su aseguramiento, ya que precisamente la institución que reseñamos viene a alinearse en el indefinible campo de la jurisdicción voluntaria.

(2) Error perdurable de los Códigos y de la técnica fué el configurar esta relación como una especie de representación, la llamada representación legal. Si al menor o incapacitado se les niega el ejercicio de un determinado derecho, ¿cómo se les va a representar en él? Es una legitimación precisa y excluyente—hasta cierto punto semejante a la de nuestro procurador en los juicios en que es forzosa su intervención por las partes (*Anwaltszwang*).—Un *personamiento*—no una representación—legal.

(3) La única fuente de la cura es el ordenamiento—como si dijéramos la Ley—El Tribunal, el Juez, el consejo de familia o cualquiera otra persona u organismo que se señale podrán elegir la persona que ha de ejercer la cura y controlar su actividad; pero siempre es el ordenamiento quien confiere el *poder de cura* como una precisa excepción en la tipificación de las facultades del titular.

(4) A pesar de lo que parece dar a entender nuestro Código—art. 199—, no es precisa la existencia de bienes del menor o incapacitado para que la situación de tutela

b) En la patria potestad y en la tutela aparecen además ciertas relaciones de vida entre el padre y el hijo y el tutor y el pupilo: de formación, dirección y atención. Pero esto puede estimarse como una simple coincidencia (1). Son distinguibles, y una técnica suficiente no puede por menos de apreciar las esenciales diferencias que jurídicamente separan los dos órdenes en que se desenvuelve la actividad del padre y del tutor (2). Y hasta podría emplearse el término *potestad pupilar* para designar esta verdadera potestad de vida: del padre sobre el hijo, del adoptante sobre el adoptado, del tutor sobre el pupilo (3).

se produzca, como tampoco lo es para que surja la patria potestad. En relación a ésta es de notar una regulación excesiva en las legislaciones cuando tal ordenación económica es, por naturaleza, más sencilla que la de otras especies de cura. Tal lujo de regulación es un arriastre histórico. Casuísticamente, como corresponde a su carácter excepcional, hilvanó el Derecho romano toda una serie de desviaciones del principio general de la unidad de patrimonios, que se pierden hoy en el principio opuesto de diferenciación patrimonial.

(1) La tesis tiene trascendental importancia para la implantación de una tutela de especialidades, ya que hay un orden propio del gestor y otro que exige acción y vocación de padre—condiciones de desarrollo, pedagógicas, de moralidad, políticas, si se quiere, y, sobre todo, amor—. Su trascendencia a la institución de la patria potestad es grande también, pues aun teniendo en cuenta un menor influjo directo, no cabe duda que afecta decisivamente a la organización, actuación y orientación de las instituciones de vigilancia.

(2) Ciertos Códigos suelen distinguirlos impropriamente como de personas y bienes (vid. parágrafos 1.627 y 1.793 del B. G. B. y artículo 1.793 de nuestro Código). El Código alemán contiene, además, este extraño precepto: el cuidado de la persona y bienes abarcará la representación del menor (*Die Sorge für die Person und das Vermögen umfasst die Vertretung des Kindes*—Aparado 1.º del parágrafo 1.630.)

El nuevo Código italiano distingue textualmente la *patria potestad* y la *administración de bienes de los hijos* y a igual distinción conduce el Código suizo al regular en distintos capítulos la patria potestad y cuanto concierne a los bienes.

(3) La potestad de vida es ciertamente idéntica: varían únicamente los motivos de atribución. Así dice el parágrafo 1.800 del B. G. B.: "El derecho y el deber del tutor de cuidar la persona del pupilo se ajustarán a lo dispuesto en los parágrafos 1.631 a 1.633, referentes a la patria potestad." A su vez, el artículo 405 del Código suizo expresa que el tutor cuida de la vida y educación del pupilo menor, ejerciendo los derechos del padre y de la madre con el concurso de las autoridades de la tutela. En nuestro Código, sin embargo, se apunta una diferencia: el padre debe educar e intruir al hijo con *arreglo a su fortuna* (art. 155 del Código civil), y el tutor alimentar y educar al menor o incapacitado *con arreglo a su condición* (art. 264, número 1.º, del Código civil). Pero esto es consecuencia del carácter de *deudor alimenticio* que el padre tiene en relación al hijo. (Vid. arts. 142, 143, núm. 3.º; 146 y 147 de nuestro Código civil.)

Téngase en cuenta, además, que la potestad pupilar no acaba en el padre ni en el tutor, sino en el Tribunal, juez pupilar, consejo de familia y cualesquiera otras

Con independencia de ella, la cura se *desentumece*. Cobra alientos de institución general. Y exige una gran tarea unificadora—de órganos, de medidas—, trascendental a la economía y a la precisión normativas.

Pero hay aquí algo más que un simple problema de orden sistemático. No son pocas las legislaciones que orientaron los desenvolvimientos de la cura al logro de privadas finalidades, con desentendimiento de las públicas (1). y todas, además, montaron la institución sobre un parcial cimiento subjetivo, que no basta. Como las varillas de un abanico, toda la casuística de la cura se despliega en torno del clavillo—eje de la persona del titular—. Excepcionalmente, y al efecto más bien de provocar una modificación en los elementos personales o en el reparto de competencias, cuenta también *la persona que venga ejerciendo la cura*. Por ello, fundamentalmente, pueden distinguirse: casos de indeterminación y de incertidumbre en la titularidad (2); casos de desarrollo incompleto y de anormalidad en el desarrollo de la persona del titu-

personas o instituciones, a quienes vengan reservadas facultades de intervención o decisión.

Elegimos el término potestad pupilar porque se acomoda mejor que ninguno a la naturaleza de las relaciones que refiere y, al propio tiempo, al único elemento personal permanente de las mismas.

(1) Principalmente, los Códigos latinos, pero el nuevo italiano reacciona decididamente sobre tal tendencia.

(2) Casos de indeterminación y de incertidumbre de la titularidad: a) fondos de suscripción pública (parágrafo 1814 del B. G. B. y núm. 5 del art. 393 del Código suizo); sustituto que no haya sido concebido o cuya personalidad se determine sólo por un acontecimiento futuro (parágrafo 1913 del B. G. B.); contienda en la posesión (art. 445 de nuestro Código); ignorancia del interesado en un asunto determinado (parágrafo 1913 del B. G. B.). b) Dudas sobre el interesado en un asunto determinado (parágrafo 1913 del B. G. B.); sucesión incierta (art. 393, número 3, del Código suizo; art. 801 de nuestro Código); derechos del concebido (parágrafo 1912 del B. G. B. núm. 3, del art. 393 del Código suizo; art. 965 de nuestro Código).

Los llamados patrimonios en liquidación dan lugar a numerosos casos de cura por incertidumbre de titularidad (la masa patrimonial se desintegra sometiéndose a reparto los valores que contiene: mientras éste no tiene lugar, penden de concreción las nuevas titularidades): concurso, quiebra, sucesión hereditaria.

Respecto a ésta, el criterio del Código alemán es no estimar en situación de cura la herencia sino en caso de denuncia de los acreedores—parágrafo 1981—, pero del contenido del parágrafo 1960, aparte los particulares casos que antes relacionamos, se deduce que la sucesión hereditaria origina otras diversas situaciones de cura. Yo opino que el propio albaceazgo es una especie de ella.

Véanse, además, en relación a nuestro Derecho, los artículos 1.020 del Código civil y los artículos 966, 1.068 y 1.069 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

lar (1); casos de imposibilidad de actuación del titular (2); casos de falta de confianza en el ejercicio del titular (3); casos de pérdida, suspensión y limitación de la confianza en la persona que ejerce la cura (4); imposibilidad de actuación de la persona llamada a desempeñar la cura (5).

Todo esto fué, en primer término, un yerro del sentido liberal que informó las viejas codificaciones. No sólo por exigencias de orden personal, sino también por otras, esencialmente objetivas, interesa al or-

(1) Casos de desarrollo incompleto y de anormalidad en el desarrollo de la persona del titular: Además del concebido, que puede tratarse también, según vimos, como caso de incertidumbre en la titularidad, los de los menores de edad, corporaciones y fundaciones de organización incompleta—núm. 4 del art. 393 del Código suizo—, locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir—apartado 2.º del art. 200 de nuestro Código civil—, enfermos mentales y débiles de espíritu—art. 396 del Código suizo—, ciegos, sordos, mudos y enfermos mentales—parágrafo 1.910 del B. G. B.—. En nuestro Código, además, el de la mujer casada que incorrectamente se trata como caso de desarrollo incompleto—arts. 61, 1.387 y 1.442 del Código civil; entre otros—.

(2) Casos de imposibilidad de actuación del titular: En nuestro Derecho, los de interdicción civil y marido prófugo o declarado rebelde en causa criminal, que pueden también estimarse comprendidos entre los de falta de confianza en el ejercicio del titular, y el de imposibilidad absoluta del marido para la administración sin haber proveído sobre ella y el de ausencia—arts. 181 y sigs., 200, núm. 4, y 1.441, último párrafo, del Código civil— En el Derecho alemán y suizo son de expresar la ausencia de hecho, la enfermedad u otra causa que impida cuidarse de un asunto urgente y designar representante (parágrafo 1.911 del Código alemán y artículos 392, núm. 1, y 393, núm. 2, del Código suizo).

(3) Casos de falta de confianza en el ejercicio de titular: Aparte los de concurso y quiebra e interdicción ya tratados en otros apartados, los de prodigalidad—artículo 200, núm. 3, de nuestro Código civil—, el del usufructuario que no presta fianza—art. 494 del Código civil—, aseguramiento de bienes litigiosos y embargo de frutos y rentas en juicio ejecutivo—arts. 1.419 y 1.450 de la ley de Enjuiciamiento civil—y deterioro de la finca hipotecada (art. 188 del reglamento de la ley Hipotecaria), entre otros. Como especialidades del Derecho extranjero son de expresar: la de los alcohólicos en el Derecho alemán y el suizo y, en el nuevo italiano, además, la de los que abusan de estupefacientes.

(4) Casos de pérdida, suspensión y limitación de la confianza en la persona que ejerce la cura: Entre otros, artículos 162, 165, 166, 168, 169, 170, 171, 236, número 2.º; 238, 243, 256, 761 y 856 de nuestro Código civil; número 2 del artículo 392 del suizo, parágrafos 1.909 y 1.796 del B. G. B.

(5) Imposibilidad de actuación de la persona llamada a desempeñar la cura: Aun no prevista especialmente tal situación en nuestro Derecho, se sobreentiende en la redacción del artículo 154 del Código civil y texto de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 27 de octubre de 1898, 15 de enero de 1901 y 9 de junio de 1909. Los Códigos alemán y suizo proveen expresamente a ella—parágrafo 1.909 del B. G. B. y art. 392, núm. 3, del Código suizo—. En aquél, a petición de la madre que ejerza la cura, puede nombrarse un consejero-administrador (parágrafo 693).

denamiento que el ejercicio de ciertos derechos resulte pendiente de una voluntad o varias voluntades desinteresadas de la titularidad y en cuya seriedad, tecnicismo e imparcialidad pueda fiarse la consecución de una actuación con fuerza germinativa y elevado fin, porque la cura asegura, en último término, la presencia de la comunidad en la actuación jurisdiccional.

Pero fué también un error técnico de las legislaciones, ya que la cura objetiva tenía en los viejos Códigos zonas que le eran naturalmente sumisas: limitaciones del dominio, inmisiones, las clásicas servidumbres legales (1).

El nuevo derecho de fincas, con atenciones y limitaciones de sentido real—aprobación de planes de explotación, de fraccionamiento y agrupación de fincas, admisión tasada de responsabilidades, creación de unidades de cultivo, patrimonios familiares y consorcios urbanos y agrícolas de carácter forzoso, prelaciones de adquisición subjetivoreales y retractos, entre otras—, ofrece horizontes muy amplios a los desenvolvimientos de la cura objetiva.

ANTONIO VÁZQUEZ CAMPO.

(1) Basta la lectura de los artículos 552 a 560, 562, 564 a 567, 569 a 571, 575, 588 y 590 de nuestro Código civil para abominar de un sistema que, salvo acuerdo de los interesados, lanza a plena contienda litigiosa materias tan propicias de suyo a la actuación de la jurisdicción voluntaria, propiamente, de la cura objetiva. Y destaca aún más el absurdo si tenemos en cuenta que, para situaciones hasta cierto punto semejantes, pero en las que apunta la nota de incertidumbre en la titularidad—deslinde y amojonamiento, apeos y prorrateos de foros—, dispone nuestro Derecho de procedimientos más apropiados.

La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria (*)

II

NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA*

No basta con la determinación de las normas legales que regulan la ejecución hipotecaria y con el análisis de los caracteres de tales normas para saber cuál es la esencia de las actividades procesales ordenadas y conocer su auténtica *naturaleza jurídica*.

Se trata de un problema cuya importancia no ha escapado de cierto a la investigación de la doctrina hipotecaria, pero que carece de un planteamiento exacto, probablemente más que por la dificultad de su contenido por el empleo de una terminología defectuosa y una técnica procesal en absoluto insuficiente (1).

La calificación del procedimiento regulado en la legislación hipotecaria ha de obtenerse, no tanto por el especial objeto a que está destinado como por la índole de los actos que lo componen; se trata de averiguar, en efecto, en qué categoría de *tipos de proceso* debe incluirse, y sería una incongruencia aplicar a la materia que se analiza criterios y ordenaciones del derecho material. Por esta razón, estimamos en el fondo inadmisibles la expresión "procedimiento hipotecario" que, sin embargo, cuando es empleada con el propósito de designar de modo no equívoco este conjunto de trámites, puede no merecer graves censuras.

De la misma manera, la perifrasis frecuente que habla del "procedimiento para la efectividad de los créditos hipotecarios" no da tampoco ni siquiera una idea aproximada de su naturaleza jurídica, porque

(*) V. el número anterior de esta REVISTA.

(1) Sin que tampoco los esfuerzos de los procesalistas hayan arrojado más luz sobre el tema, ya que, como dice con toda exactitud Jerónimo González (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, febrero 1929, pág. 121), el articulado de la ley Hipotecaria en este punto "responde a principios muy mal estudiados, o, mejor dicho, apenas conocidos por los procesalistas españoles.

se limita, como antes decíamos, a designar el *fin* de las actividades que lo componen. La ley ha podido obtener este fin mediante la institución de procedimientos de muy diversa índole, y hasta tal punto no es específica la designación apuntada, que hay en nuestro derecho positivo, como se recordará, más de una forma de hacer efectivos tales créditos, y, por tanto, también en cierto sentido puede la vía de apremio ordinaria considerarse como procedimiento para obtener la efectividad de los créditos hipotecarios, y, en consecuencia, ser susceptible de confundirse con los trámites de la ley de 1909.

Por último, en esta previa eliminación de terminologías insuficientes, apuntaremos asimismo que la frase "procedimiento de los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria", utilizada, como las anteriores, en diversos puntos del presente trabajo, tampoco es sino una expresión de carácter auxiliar que no indica nada fundamentalmente sobre la esencia de la calificación que se trata de conseguir.

Ha de centrarse el tema, pues, en el examen y crítica de las calidades procesales de la actividad estudiada, que son las únicas idóneas para proporcionar la solución.

En primer término, según fué anteriormente indicado, nos hallamos ante un tipo de proceso *especial* (1). Pero esta nota específica que nos ha servido para deducir determinadas consecuencias con referencia a las normas legales aplicables, debe ahora estimarse por sí sola como incompleta, puesto que lo que se intenta saber es precisamente la *clase de especialidad* del procedimiento y el puesto que, dentro del cuadro de procesos especiales, regulados en el derecho procesal, le corresponde.

Y en este punto nos encontramos ya con la designación más corrientemente admitida: con la que sirve en las fuentes y en la práctica como pretendido calificativo inequívoco de la tramitación analizada: con el nombre, en fin, de "procedimiento judicial sumario", cuya exactitud y significación pasamos brevemente a examinar.

La aplicación de los términos indicados: "procedimiento judicial sumario", al conjunto de actos procesales que los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria ordenan, no ha sido una denominación aislada, que sólo en algún pasaje podamos encontrar: es, al contrario, una expresión que tanto en la ley como en la jurisprudencia y la doctrina se halla con no escasa reiteración.

En la primera, verbigracia, el artículo 129 habla del ejercicio de la

(1) Miguel y Romero: *Lecciones cit.*, tomo I, pág. 609.

acción hipotecaria sujeto "al procedimiento judicial sumario que se estableció en el artículo 131 de esta ley"; en dicho artículo 131 se indica que "el procedimiento judicial sumario se ajustará a las siguientes reglas"; en los artículos 132 y 133 se alude asimismo al "procedimiento sumario regulado en el artículo 131", etc. (1).

Con respecto a la jurisprudencia, no será preciso acumular numerosos ejemplos para demostrar el empleo de esta expresión; por su interés en este punto debe recordarse, no obstante, la sentencia de 23 de noviembre de 1926, en la que se dice expresamente que este procedimiento tiene "la naturaleza de aquellos juicios sumarios estatuidos en la ley de Enjuiciamiento civil". A análogos resultados nos lleva una lectura, aun superficial, de las obras doctrinales.

Ahora bien, supuesto el hecho de esta extendida terminología, se hace preciso observar hasta qué punto es ella útil para nuestro tema y hasta qué punto la calificación del procedimiento en materia de créditos hipotecarios, como procedimiento *sumario*, conviene a su naturaleza jurídica y revela de un modo satisfactorio su esencia.

Los dos primeros términos de la expresión "procedimiento judicial" pudieran considerarse como una redundancia, si se partiese del punto de vista de estimar que, siendo en términos generales dentro del mundo del derecho el "procedimiento"—en su propio sentido, el "proceso"—un "conjunto de actos que tienden a la actuación de la ley por los órganos de la jurisdicción ordinaria", es decir, "*por el Juez*" (2), no es necesario añadir al término de "procedimiento" el calificativo que le acompaña de "judicial". Pero a poco que se recuerde cómo otra de las formas autorizadas hoy legalmente para obtener la efectividad de un crédito hipotecario es precisamente el llamado "procedimiento extrajudicial"—en el análisis de cuya naturaleza no vamos a detenernos ahora—, se comprenderá que la expresión discutida puede servir de aclaración, si no del todo imprescindible, tampoco digna de crítica desfavorable en absoluto.

Por el contrario, la utilización del concepto de la *sumariedad*—núcleo de la expresión analizada—es, a mi juicio, no sólo insuficiente, sino, lo que es peor, inexacta.

(1) Del mismo modo, el reglamento hipotecario dice en su artículo 202: "... el procedimiento judicial sumario, a que se refieren los artículos 129 y siguientes de la ley", etc.

(2) Sobre el valor de esta fórmula, v. *supra*.

Insuficiente, porque el término "sumario" no bastá para designar de modo inequívoco la naturaleza de un procedimiento ni podría bastar en este caso si, suponiendo que hay en nuestra legislación otros ejemplos de este tipo, no se nos cuida de decir cuáles con las analogías y diferencias que tiene el hipotecario con los restantes y, sobre todo, en qué consiste la específica "sumariedad" de los trámites ordenados por los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria.

Inexacta, además, porque en ésta, como en otras hipótesis, se ha desconocido la esencia de lo "sumario" dentro del campo procesal, que consiste, no como pudiera creerse en una absoluta alteración de los trámites ordinarios hasta el punto de implantarse otros inspirados fundamentalmente en principios diversos (como es en este caso el de la *contradicción*), sino de modo principal en la *abreviación* de los términos, es decir, en el señalamiento, para el desarrollo de las actividades procesales, de un lapso de tiempo menor que el que rige en los supuestos generales (1). Ahora bien, dentro del proceso regulado en la ley Hipotecaria, y comparándolo con los juicios ordinarios, observamos que no hay simplemente un acortamiento de los plazos o, incluso, la supresión de algunos trámites, sino un orden de tramitación absolutamente diferente, al que no conviene, por tanto, el nombre de "sumario", que parece ser una designación relativa, es decir, en comparación con otra de mayor extensión. Pero en este caso, ¿cómo podemos hacer del procedimiento hipotecario una *alteración* del común, cuando un período de tanta importancia como la audiencia del demandado falta en absoluto?

La imprecisión de la terminología empleada se pone de relieve viendo cómo, a pesar de su general admisión, no han cesado los esfuerzos en torno a la investigación de la naturaleza jurídica del procedimiento que estudiamos. Ello quiere decir que sustancialmente tal naturaleza jurídica habrá de obtenerse por vías distintas del análisis de la noción de "sumariedad".

Partamos, pues, ahora de un examen directo de los actos procesales en cuestión y veamos cuál es el hecho o hechos que, dentro de ellos, son más significativos con respecto al proceso ordinario. Aquí observamos como más interesante la característica que antes precisamente fué indicada, a saber: *la ausencia en la tramitación de una fase destinada a la comparecencia del demandado y a la audiencia de sus posibles alegaciones.*

Esta ausencia es, en efecto, uno de los puntos esenciales del nuevo

(1) Véase Becuña, en el artículo citado.

procedimiento, y por él puede, a mi juicio, hallarse la naturaleza jurídica buscada.

En el proceso desarrollado en el artículo 131 del texto hipotecario, tras la presentación del escrito inicial (regla 2.^a), su examen por el Juez (regla 4.^a), la práctica de los requerimientos de pago y notificaciones y el envío de la certificación del Registro (reglas 4.^a y 5.^a), se procede "... a la subasta de la finca ante el Juzgado que conozca del procedimiento (regla 7.^a), sin que tengan los interesados (incluso el propio deudor) en oponerse a la ejecución posibilidad de hacerlo dentro del procedimiento, salvo los casos taxativos indicados en el artículo 132, que sólo en sus hipótesis 3.^a y 4.^a dan lugar a una comparecencia de las partes ante el Juez. Ello quiere decir, por tanto, que una *fase normal* en los trámites que tenga por objeto la presentación (oral o escrita) contradictoria de las alegaciones de las partes. *falta en absoluto*.

Esto se ha explicado en ocasiones por algún sector doctrinal (1) diciendo que el procedimiento hipotecario no es un verdadero *juicio*, porque no existe en él *contienda* entre diversos sujetos. Pero, prescindiendo ahora de la significación estricta del término *juicio* y de la naturaleza que se le ha de atribuir, y aun suponiendo que no equivale, dentro de nuestra terminología al de "proceso" (2); no me parece defendible la idea de que no existe en el caso estudiado tal *contienda* o *controversia entre partes*, puesto que en realidad ambas sostienen pretensiones contradictorias (una, la satisfacción de un crédito: otra, la negativa al pago que se le demanda) (3), y, por consiguiente, más que la ausencia de *contienda*, lo que observamos aquí es, según antes indicamos, ausencia de un período procesal destinado a examinarla: en definitiva, *ausencia de la fase de oposición*.

Como consecuencia de esta nota fundamental del procedimiento pueden mantenerse diversas posiciones en cuanto a su naturaleza, posiciones de un valor desigual cada una de ellas y que en sustancia se reducen a las siguientes (4):

(1) Aragónés: *Compendio* y tomo cit., pág. 93; Morell *Comentarios*, tomo IV, página 88.

(2) Cuestión en la que ahora no podemos entrar.

(3) No habrá que decir que no es necesaria una negativa *expresa* para que la *contienda* surja, basta con el hecho de la falta de pago que se reclama, sin necesidad, lógicamente, de una declaración formal; en otros términos: que, como dice un autor italiano, no se trata tanto de pretensión *contradicha* como de pretensión *insatisfecha*.

(4) Nos limitamos, naturalmente, a la exposición de aquellas teorías que han

a) Partiendo de la idea recientemente expuesta de que lo que falta en el procedimiento de la ley Hipotecaria es una *contienda entre partes*, y suponiendo que ésta es precisamente la característica de la llamada "*jurisdicción contenciosa*", un primer resultado puede ofrecerse a base de considerar los actos procesales discutidos como pertenecientes a la *jurisdicción voluntaria*. Esta se caracteriza legalmente por la inclusión en ella de todos aquellos actos "en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas" (art. 1.811 de la ley de Enjuiciamiento civil). Del hecho de que en la tramitación del artículo 131 de la ley Hipotecaria se haya excluido la posibilidad de una controversia entre acreedor y deudor deduce García Fernández (1) la necesidad de calificar tales trámites en el ámbito de aquel orden jurisdiccional.

No será preciso detenerse largo tiempo en la refutación de esta tesis, que no resiste, a nuestro juicio, un examen atento de las bases sobre que se apoya. En primer lugar, como acabamos de ver, no es cierta la idea de que en el proceso hipotecario falte la *contienda*, o, mejor, la oposición de pretensiones entre las partes. Lo que falta únicamente es, repetimos, una fase en el procedimiento destinada a la presentación y al examen de las posibles alegaciones contradictorias; ahora bien, esta falta se observa asimismo en una serie de actuaciones procesales—verbigracia, la ejecución de sentencias (2), el trámite de la cuenta jurada de los artículos 7.º y 8.º de la ley de Enjuiciamiento civil (3), etc.—, cuya calificación como actos de jurisdicción voluntaria no puede defenderse con seriedad si no se quiere extender de un modo caprichoso el ámbito conceptual de esta clase de actividad judicial.

Además, la falta de *contienda entre partes*—supuesto que en el problema analizado existiera—funciona de un modo absolutamente distinto en el procedimiento hipotecario que en los actos de jurisdicción voluntaria. En aquél, como sabemos, la posibilidad de una oposición de la sido defendidas en realidad por la doctrina, haciendo caso omiso de las restantes que pudieran imaginarse.

(1) "Dos cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1912, tomo 131, pág. 289.

(2) Salvas las hipótesis de condena a cantidad ilíquida, artículos 928 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, en que en la liquidación, en los diversos supuestos legales, existe para la parte la posibilidad de contradecir las alegaciones adversas dentro del mismo procedimiento.

(3) No incluimos aquí el artículo 12, porque en éste, antes de pagar, puede el deudor impugnar la cuantía de los honorarios reclamados.

parte a las pretensiones del acreedor, dentro del mismo procedimiento, está en absoluto excluida, excepción hecha de los casos del artículo 132 de la ley; pero en la jurisdicción voluntaria la oposición "del que tenga interés en el asunto" no está, ni mucho menos, prohibida, sino que se admite en términos generales, y el efecto de tal oposición consiste precisamente "en hacer contencioso el expediente sin alterar la situación que tuviesen al tiempo de ser incoados los interesados" (artículo 1.817 de la ley de Enjuiciamiento civil). Por consiguiente, hay aquí una diferencia fundamental entre el procedimiento para la efectividad de las hipotecas y los actos de jurisdicción voluntaria.

La misma doctrina y jurisprudencia que con la afirmación errónea de la "falta de contienda" en este tipo de proceso pudo dar lugar a la calificación equivocada, niega expresamente tal conclusión y sostiene, por el contrario, que el procedimiento estudiado no puede considerarse como un acto de jurisdicción voluntaria. Así, los mismos autores antes citados (1) y las resoluciones de la Dirección General de los Registros (2). En consecuencia, podemos desechar esta primera tesis sobre la naturaleza jurídica del proceso regulado en la ley Hipotecaria.

b) Sin perder de vista la nota específica que antes dimos como esencial para la solución del problema, un autor de derecho hipotecario, López de Haro (C.), ha formulado en torno a esta cuestión una tesis que no puede, sin embargo, a mi juicio, estimarse como admisible, por las evidentes confusiones de orden procesal en que incurre (3). La idea fundamental que preside esta tesis es la siguiente: en el procedimiento judicial "sumario" no hay *ejercicio de acción en juicio*, sino *simple ejecución judicial de una relación jurídica*. Para llegar a esta conclusión, tiene el autor que identificar el concepto de "litis" con el de "ejercicio de acción" y afirmar que, sustraída aquélla del proceso hipotecario, debe, por consecuencia, considerarse ésta como no existente.

Ahora bien: frente a tal posición hay que oponer objeciones de la mayor gravedad, en mi opinión.

(1) Morell ob. y t. cit., pág. 88

(2) También la sentencia de 23 de noviembre de 1926.

(3) "Acciones del acreedor hipotecario y naturaleza y prescripción de ellas", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero de 1932.

López de Haro, igual que los demás, no trata aquí de modo principal la cuestión, sino incidentalmente al hablar de la naturaleza de las acciones del acreedor hipotecario. Un estudio completo del procedimiento del artículo 131 de la ley Hipotecaria, por otra parte, falta, como se sabe, en absoluto.

1.º La misma distinción a que llega el autor como conclusión de sus razonamientos carece de realidad y supone una dualidad de términos inadmisibles. La *efectuación—actuación* (?)—judicial de una relación jurídica equivale simplemente a lo que de ordinario se designa con el nombre de *ejecución*. Pero es evidente que cuando tal ejecución se subordina por la ley a un poder de voluntad atribuido a un sujeto, nos hallamos ante lo que siempre, y de modo unánime, se ha calificado como “acción”—prescindiendo ahora, lógicamente, de las maneras extraordinariamente varias en que se ha entendido la naturaleza de ésta—. El concepto de acción sirve para designar precisamente aquella facultad por la que la voluntad de un sujeto puede provocar una actividad del órgano jurisdiccional; cuando esta actividad se dirige a la *actuación—realización*, puesta en práctica, *efectuación de una relación jurídica* en la terminología de López de Haro—, nos hallamos ante un *supuesto de ejecución*, y la facultad de iniciar o poner en marcha la ejecución constituye precisamente la *acción ejecutiva*.

Traslademos ahora estas consideraciones procesales de carácter elemental al campo del procedimiento judicial sumario. La actividad judicial en esta hipótesis consiste de modo primordial, no en examinar la pretensión del acreedor, sino en actuarla: no es, pues, como dentro de poco vamos a ver, “un proceso de cognición”, sino de “ejecución”. Ahora bien: como la existencia de tal actividad de ejecución es subordinada por la ley a la existencia de una voluntad que la reclame—la del acreedor (1)—, es indudable que dicha voluntad puede dar vida o no a tal ejecución, y, por consiguiente, que le corresponde aquella típica facultad que es, como acabamos de ver, la nota específica del concepto de acción. En el procedimiento judicial sumario encontramos, pues, el auténtico ejercicio de una acción procesal que, como va dirigida a obtener una actividad de ejecución, debe, a su vez, calificarse como “acción ejecutiva” (2).

El primer error de la opinión apuntada reside, por tanto, en una

(1) Regla 2.ª del artículo 131: “Se iniciará el procedimiento por un escrito...” No habrá que poner de relieve la identidad de naturaleza jurídica entre este escrito inicial y la demanda ordinaria con que un proceso suele comenzar.

(2) Sobre la aplicación al problema de la posible crítica del concepto de acción no decimos aquí nada, porque se trata solamente de rectificar esta posición doctrinal en base precisamente a lo que puede estimarse hoy como concepción dominante todavía del derecho procesal. Por otra parte, tal posible crítica deja en pie íntegramente la objeción expuesta.

interpretación falsa del concepto de *acción* y, sobre todo, en una idea equivocada acerca de lo que es la *acción ejecutiva*. Ya en el puro terreno hipotecario, Bellver, en un artículo publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO con el título "La prescripción de las acciones hipotecarias" (1), ha hecho notar, en contra de la posición de López de Haro, cómo el término de acción es también aplicable en este caso, en que existe verdaderamente un "medio procesal de efectución de derechos". Prescindiendo de lo que de inexacto puede haber en esta última expresión, no parece dudoso que la crítica, equivalente a la que acabamos de exponer, debe estimarse como certera.

2.º Ni tampoco tienen más solidez los argumentos que el autor emplea para llegar a la conclusión apuntada. Una vez que se indicó la inadmisibilidad de esta última *per se*, son en parte inútiles las tentativas de demostración de la inconsistencia de sus premisas; pero acaso convenga observar el error que supone excluir del procedimiento hipotecario la idea de existencia de una *litis*. López de Haro no da el concepto que utiliza de ésta, pero bien puede deducirse de sus afirmaciones que tal concepto es para él análogo al de *contienda* o *controversia*; y así, recoge aquella posición doctrinal antes aludida sobre la falta de dicha controversia o contienda (*litis*) en el proceso de la ley Hipotecaria. No hemos de insistir en la refutación de esta última tesis, que ya quedó señalada; únicamente diremos ahora que después de los trabajos realizados por la doctrina italiana, principalmente, la línea de separación entre *litis* y *contienda* puede considerarse como definitivamente trazada (2).

Y si en esta dirección la *litis* ha de considerarse como aquel "conflicto de intereses" (elemento material) calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro (elemento formal), no cabe duda de que existe en el caso presente una verdadera *litis* de tal carácter, porque hay aquí un conflicto de intereses entre acreedor y deudor y una pretensión insatisfecha; dada la falta de pago por el segundo.

En resumen: frente a la opinión señalada cabe afirmar que en el procedimiento hipotecario nos hallamos ante una verdadera *litis*, y existe propiamente ejercicio de una *acción* de naturaleza *ejecutiva*.

(1) Número correspondiente al mes de febrero de 1934.

(2) Por obra de Carnelutti, en primer término, como se sabe. Prescindiendo de las últimas publicaciones de este autor, que López de Haro no pudo conocer, señalaremos aquí sus notas en la *Rivista di Diritto Processuale Civile* (1928, 1.ª parte, páginas 33 y 99), "Lite e funzione processuale" y "Lite e processo", y también Calanandrei "Il concetto di lite nel pensiero de F. Carnelutti" en la misma publicación.

c) En el puro terreno procesal, se ha atribuido por un autor a la tramitación ordenada en los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria una diversa naturaleza jurídica. Para Menéndez Pidal (1), el procedimiento judicial "sumario" es un "proceso ejecutivo documental hipotecario, que se deriva históricamente del proceso monitorio, y que tiene por objeto hacer efectivos los créditos garantizados con hipoteca, mediante la enajenación de las fincas hipotecadas, o su posesión interina por el acreedor".

Con respecto a la calificación dada al procedimiento que nos ocupa, "ejecutivo documental hipotecario", y dejando a un lado su pretendida derivación histórica del proceso monitorio (2), cabe hacer las siguientes observaciones:

En primer término, una de las características del proceso documental está, no en la denegación al demandado de toda posibilidad de oposición dentro del procedimiento, sino solamente de aquella oposición que no venga fundada en una prueba documental o en el juramento (3), del mismo modo que se limita el carácter de las pruebas que el actor ha de presentar en apoyo de su demanda. No es éste un proceso de ejecución, sino un proceso que tiende precisamente a la "obtención de un título ejecutivo, mediante un examen sumario del asunto" (4), es decir, que hay en él una fase de cognición, sumaria desde luego, que impide incluirlo dentro del tipo genérico de la ejecución procesal.

Pero en el procedimiento de la ley Hipotecaria, como fácilmente se comprende, no concurren estas características; es cierto que la única posibilidad de que el deudor promueva un incidente, en las diversas hipótesis del artículo 132; supone la presentación de un documento por parte del demandado; es cierto, asimismo, que la pretensión del actor viene acompañada de una justificación de su derecho, también de índole documental; pero no es menos evidente que dentro del procedimiento no existe *normalmente* una fase destinada a la presentación de tales alega-

(1) *Elementos de derecho procesal civil* cit., pág. 830

(2) El proceso documental y el monitorio tienen históricamente raíces diversas, aunque los dos sean formas del llamado procedimiento sumario "determinado"; arranca el primero, en efecto, del "processus executivus", y el segundo, de los "mandata de solvendo cum clausula justificativa"

(3) V. el párrafo 598 de la Z. P. O. alemana, teniendo en cuenta, por lo que hace referencia al juramento, su actual sustitución en el derecho alemán por el interrogatorio de la parte.

(4) Goldschmidt: *Derecho procesal civil* cit., pág. 457

ciones y pruebas documentales por parte del deudor, sino que éste es un caso excepcional—un incidente—en el mismo; ni cabe oponer, además, todas las defensas que acaso existan con un fundamento documental, sino solamente las que de un modo taxativo enumera el citado artículo 132. El procedimiento hipotecario no es, en consecuencia, un procedimiento documental, por la razón de que éste constituye una modalidad especial del proceso de cognición o declaración, y aquél, como luego veremos, una manifestación auténtica del proceso de ejecución.

La alusión que hace Menéndez Pidal al procedimiento monitorio parece, asimismo, descentrada. Lo que entre nosotros suele señalarse como formas análogas a este proceso monitorio, es decir, el trámite de la provisión de fondos o de la cuenta jurada recogido en los artículos 7.º, 8.º y 12 de la ley de Enjuiciamiento civil, tiene un carácter tan singular, que evidentemente no permite construir una categoría afín al tipo de procedimiento ordenado en la ley Hipotecaria. Y si consideráramos a aquel proceso monitorio desde la perspectiva más amplia que otras legislaciones nos ofrecen, encontraremos, para incluir en él el proceso que nos ocupa, una dificultad análoga a la que se nos ha presentado con el procedimiento documental, porque el monitorio, lejos de comenzar con la presentación de un título ejecutivo, se dirige a su obtención, y no queda en él legalmente excluida la oposición que el deudor pueda intentar (1).

Por todo ello, creemos que debe rechazarse también esta calificación dada al proceso del artículo 131 de la ley Hipotecaria.

(1) Sino que, por el contrario, la oposición presentada a tiempo elimina el carácter monitorio y lo convierte en ordinario (según la legislación alemana, que regula con mayor amplitud que la nuestra este tipo de proceso). Dice Menéndez Pidal (obra y página citadas, nota 1) que "las defensas y excepciones del ejecutado en el proceso monitorio moderno suelen desplazarse para un juicio ordinario posterior". Esta frase se presta a confusiones, porque parece que las excepciones y las defensas *no son admitidas* en el procedimiento monitorio, cuando lo que ocurre es todo lo contrario: si son presentadas por el deudor a su debido tiempo, extinguen el carácter monitorio de la tramitación realizada hasta entonces, como indica Kisch (*Elementos de derecho procesal civil*, versión española de Prieto Castro, Madrid, 1932, pág. 407): "este procedimiento no tiene valor para el acreedor más que cuando el adversario permanece inactivo; sólo entonces puede conseguir que se decida en firme y se haga ejecutable su derecho, sin las molestias y pérdidas de tiempo del proceso ordinario. Nunca es otra cosa que un intento, cuando el deudor viene dispuesto a oponerse a las pretensiones de su acreedor, con la misma facilidad con que éste obtiene el mandamiento de pago, puede él privarle de toda fuerza". Véase si estas afirmaciones son aplicables al procedimiento hipotecario y si no hay más bien, entre él y el monitorio, un verdadero abismo de diferencia.

d) De todas las conclusiones parciales que a lo largo de los temas impugnados han ido sosteniéndose, parece desprenderse con caracteres de evidencia la idea fundamental de que el llamado "procedimiento judicial sumario" es, en esencia, un verdadero proceso de ejecución. Y ésta es también la tesis que en nuestra doctrina y jurisprudencia podemos considerar como dominante, aunque ella se apoye con frecuencia en fundamentos tan imprecisos como para exigir ahora, en la medida de lo posible, una aclaración.

La característica del proceso de ejecución está, como ha dicho un autor recientemente (1), "en procurar al titular del derecho subjetivo, o del interés protegido, la satisfacción *sin o contra la voluntad del obligado*. También en el proceso de ejecución se contraponen, como en el proceso "jurisdiccional" (2), dos partes, y se interpone entre éstas un tercero, que es el órgano del proceso; pero el fin a que tiende cada una de estas *dramatis personae* es netamente diverso del que distingue al proceso de cognición: ya no hay dos partes que se contradicen por turno y un Juez que investiga cuál de las dos lo haga con razón, sino una que quiere obtener algo y otra que no lo quiere dar, mientras el órgano del proceso se lo quita a ésta para dárselo a aquélla".

En el proceso de ejecución no se trata, pues, de examinar una pretensión para formar la orden de que sea actuada, sino pura y simplemente de *actuarla*; de aquí que en el desarrollo de esta manifestación específica de la tutela procesal falte normalmente una fase destinada a que el Juez reciba y compare las posibles alegaciones contradictorias de las partes. Y como precisamente tal falta era la nota específica que habíamos encontrado en el procedimiento hipotecario, de aquí que podamos afirmar ahora que su propia *naturaleza jurídica* está en ser un *proceso de ejecución*.

La solución así lograda puede parecer, aunque importante, exenta de dificultades en su fundamentación por la misma claridad de los razonamientos que la apoyan. Pero si pretendemos ahondar algo más en ella, y determinar, no ya, *en abstracto*, que se trata de un proceso de ejecución, sino, *en concreto*, a cuál de los procedimientos que nuestra ley de Enjuiciamiento civil conoce corresponde por su naturaleza el procedimiento hipotecario, los obstáculos suben de punto, dado lo vario

(1) Carnelutti: *Sistema del Diritto processuale civile* cit., pág. 185.

(2) Para Carnelutti, "función jurisdiccional" y "función procesal" no se confunden; la segunda es el "genus"; la primera, una "species" (*Sistema* cit., I, pág. 132).

e impreciso de la terminología y de los conceptos empleados en esta materia por nuestra ley Procesal.

En efecto: como veíamos al principio de nuestro trabajo, existe en el derecho positivo español un verdadero fraccionamiento de la ejecución procesal en numerosos procesos especiales. Se hace forzoso saber cuál de ellos constituye el tipo del proceso de ejecución que tiene una naturaleza análoga a la hipotecaria.

Un primer examen—que luego se hará necesario depurar—nos pone de manifiesto que en la investigación de tal tipo hay que eliminar previamente una serie de procedimientos que, por lo singular de su objeto, carecen de importancia en este punto. Así, de los trámites expuestos al principio de nuestro estudio quedarán fuera: el procedimiento de apremio en negocios de comercio—1.º, D)—, los procesos monitorios—1.º, E)—, el procedimiento de la ley de Hipoteca naval—2.º, B)— y el procedimiento ejecutivo a favor de las sociedades de crédito territorial—2.º, C)—. Y tendremos que ocuparnos, por consiguiente, del juicio ejecutivo en sus dos fases de procedimiento ejecutivo, propiamente dicho—1.º, A)—y procedimiento de apremio—1.º, B)—y de la ejecución de sentencias—1.º, C)—.

Con respecto al primero de ellos, no ha faltado quién, a pesar de defender ulteriormente otra calificación específica ya estudiada, designó al proceso para la efectividad de los créditos hipotecarios como un "procedimiento ejecutivo (1)". Si con esta expresión quiere designarse la figura del "proceso de ejecución" *in genere*, no cabe duda alguna acerca de su admisibilidad; pero si se trata de indicar que existe una correlación entre la naturaleza jurídica del procedimiento del artículo 131 de la ley Hipotecaria y el juicio ejecutivo regulado en el título XV, sección 1.ª (arts. 1.429 a 1.480) de la ley de Enjuiciamiento civil, la conclusión es mucho menos satisfactoria. El procedimiento especialmente llamado "ejecutivo" tiene, con la tramitación ordenada en el artículo 131 de la ley Hipotecaria, unas diferencias que no pueden ser fácilmente eliminadas. Recuérdese que, precisamente para salvar los inconvenientes que el juicio ejecutivo presentaba en la ejecución sobre inmuebles hipotecados, introdujo la ley de 21 de abril de 1909 la nueva forma procesal que vino a ser el contenido de los artículos 129 a 135.

(1) López de Haro, en el artículo citado, entre otros.

del texto hipotecario. El procedimiento ejecutivo es, sí, otra vía judicial que el acreedor puede seguir, como antes vimos, para hacer efectivo su crédito garantizado; pero entre esta vía y la especial del procedimiento "sumario" hay, en cuanto a su recíproca naturaleza, profundas discrepancias.

Y la principal de estas diferencias está en que falta en el juicio ejecutivo aquella característica específica que fué señalada como la más relevante en el procedimiento hipotecario, es decir, la *ausencia de un período procesal destinado a recibir y examinar por el Juez las posibles alegaciones contradictorias de las partes*. En efecto: dentro del juicio ejecutivo existe indudable y *normalmente* una fase destinada a la *cognitio* judicial, fase en que el deudor puede oponerse a la continuación del procedimiento y en que el Juez debe analizar, antes de pasar adelante, los fundamentos de tal oposición (1).

Ahora bien: como la base para calificar al procedimiento hipotecario de proceso de ejecución fué la ausencia de este período procesal, llegamos, en el caso presente, a la conclusión de que el juicio ejecutivo, donde dicha ausencia no existe, no es, pese a su nombre—que tiene, sin embargo, una justificación histórica—, un verdadero proceso de ejecución. Si la ejecución procesal tiene como característica el ir dirigida a la *actuación* de una declaración de voluntad y no a su *formación*, tal característica no puede reconocerse en el procedimiento ejecutivo, que tiende en toda su primera fase (y luego veremos hasta qué punto la segunda, o sea la de apremio, puede configurarse como una mera continuación) a *obtener* el acto de voluntad, el mandato, que luego ha de ser actuado: el acto de voluntad a ejecutar no está contenido, como a primera vista pudiera creerse, en el *título* que da origen a la ejecución, sino en la *sentencia de remate* (2).

(1) No será necesario multiplicar las citas legales para convencerse de la existencia de esta fase de "cognitio" dentro del juicio ejecutivo. El deudor tiene, después de hecho el embargo, un plazo para interponer la oposición (tres días en caso de haber sido citado de remate por cédula, arts. 1.459 y 1.461; nueve días en caso de haber sido citado por edictos, art. 1.460), y otro a continuación para formalizarla (cuatro días improrrogables, art. 1.463), y, caso de oponerse, las actuaciones judiciales subsiguientes tienen un innegable carácter de proceso de "cognición". Así, las alegaciones del deudor (excepciones y motivos de nulidad, arts. 1.464 a 1.467), la contestación del actor (art. 1.468) y la fase de prueba (arts. 1.469 a 1.471).

(2) Esta construcción de lo que es el juicio ejecutivo en nuestro derecho procesal puede, en un principio, aparecer en demasiada contradicción con el lenguaje de la ley para que resulte admisible. Creo, sin embargo, que, a poco que se ahonde en el tema,

Más analogías cabe señalar entre la tramitación ordenada en la ley Hipotecaria y la que se sigue para llevar a cabo la *ejecución de una sentencia*. Esta analogía ha llevado a algunos autores a establecer expresamente la paridad procesal entre ambos procedimientos y a afirmar su semejanza con la ejecución que en caso de sentencia se realiza (Morell,

se llega a corroborar la tesis de que tal procedimiento *ejecutivo* no es un procedimiento de *ejecución*. Ya hemos visto antes la existencia de un período de cognición en el que las actuaciones que se realizan no son indudablemente ejecutivas. Indiquemos ahora brevemente las principales objeciones en contra de la doctrina expuesta:

a) La existencia de un "título ejecutivo" que pone en marcha el procedimiento, de un "título que lleva aparejada ejecución" (art. 1.429). Pero si, prescindiendo ahora de las diversas teorías que sobre la naturaleza del título ejecutivo se han formulado, suponemos que cada uno de los que se enumeran en el citado artículo 1.429 contienen efectivamente una *orden* de actuación, ¿qué función realiza entonces en el procedimiento la *orden* judicial que es la *sentencia de remate* (art. 1.473), y que recae sobre el fondo del asunto? La existencia de dos distintas expresiones de voluntad—la del título y la de la sentencia—obliga a concluir indefectiblemente que una de ellas sobra, como causa inmediata de la ejecución. Y no cabe duda de que esta causa es la *sentencia de remate*, que, a pesar de que, según el número 1.º del mismo artículo, determina "que siga la ejecución adelante", lo que hace en realidad es ordenar que *comience* y ser el título de dicha ejecución—el verdadero título ejecutivo—por la razón de que las actividades anteriores no son, como ya tratamos de demostrar, verdaderas actividades de *ejecución*. Creo que esto puede aparecer con claridad pensando en el caso de que la sentencia se aparte del título en la fijación de la cuantía debida; hipótesis posible a tenor del artículo 1.466, recogida en el 1.473, número 1, donde se dice que la sentencia expresará "la cantidad que ha de ser pagada al acreedor". Aquí se ve, en efecto, que la condena del deudor procede *inmediatamente* de dicha sentencia y no del título presentado por el acreedor, que puede contener la exigencia de una cantidad mayor.

b) También puede decirse que dentro de la fase procesal que ahora examinamos, no existen sólo los trámites antes indicados, que tienen una función declarativa o de cognición, en el sentido ya expuesto; hay además *otra serie de actuaciones* que demuestran el carácter ejecutivo del procedimiento: fundamentalmente, el llamado *despacho de la ejecución* (art. 1.440) y su consecuencia principal, o sea el embargo en caso de falta de pago. Pero también en este caso podemos negar que se trató de una verdadera *ejecución*, ya que, por una parte, el requerimiento de pago o la intimación judicial al deudor—dejando ahora a un lado el problema de su conveniencia que no puede resolverse "ex iure condito"—no produce, caso de no ser atendido, la *actuación* del título, sino las medidas de embargo ordenadas en la ley, y estas medidas de embargo no tienen—evidentemente—naturaleza *ejecutiva*, sino *precautoria*, *cautelar* o de *aseguramiento*, o sea que persiguen una finalidad distinta y autónoma, que no puede confundirse con aquella. De no creerlo así, habría de pensarse que también en los casos en que en un típico proceso de cognición se decretara el embargo preventivo por hallarse el deudor en alguno de los supuestos del artículo 1.400 de la ley de Enjuiciamiento civil, habríamos pasado inmediatamente a la fase de ejecución.

c) Ni puede alegarse tampoco que la *sentencia de remate* se limita a ser una constatación judicial de la voluntad contenida en el título ejecutivo, que sería la única que da origen a la ejecución. Esta dificultad se funda en la observación de que tal

en los *Comentarios* cit.; Campuzano, id., etc.). Pero, ¿cuál es la característica de un proceso de ejecución en este caso? Para saberlo hemos de acudir al texto de la ley de Enjuiciamiento civil, y, concretamente, al título en que a dicha ejecución se hace referencia: VIII del libro II, artículos 919 a 958.

sentencia de remate *no puede alterar* el contenido del título, sino meramente decir *sí o no* a la petición de que sea ejecutado; pero contra ello cabe alegar:

a') En primer lugar, que no siempre la sentencia se limita a admitir o denegar la ejecución pedida, sino que muchas veces esta petición es modificada, como ocurre en el caso ya indicado antes de alteración de la cuantía.

b') En segundo término, ese carácter de la *sentencia de remate* no es exclusivo de ella; se da también en el proceso de cognición, donde tampoco *puede el Juez en su sentencia modificar las pretensiones de las partes*, so pena de incurrir en el vicio de *incongruencia*. La imposibilidad, por tanto, de modificar las pretensiones de los sujetos procesales que se atribuye a la sentencia de remate como prueba de su carácter ejecutivo, no es sino una aplicación del principio de validez general "*ne eat iudex ultra petita partium*", y no puede tener, por tanto, esa eficacia demostrativa.

d) Por último, cabría indicar que el juicio ejecutivo contiene una segunda fase (sección 2.ª del mismo tit. XV, arts. 1.481 a 1.532), cuya naturaleza ejecutiva es indiscutible. Efectivamente, en los artículos citados se contiene la regulación de verdaderas actividades de este carácter. Ahora bien: el "procedimiento de apremio" no es, en realidad, tan sólo una mera etapa del juicio ejecutivo, como su colocación en los textos legales puede hacer creer: es, por el contrario, según luego veremos, la forma ordinaria y típica del proceso de ejecución en nuestro derecho.

Con referencia a la legislación argentina, A. M. Erkin ("*Ensayo sobre la plus petitio en la cantidad*", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero de 1929), a pesar de confundir la ejecución con el proceso ejecutivo (pág. 96), hace notar que el acreedor puede reducir el objetivo de su demanda y diferir la vía de apremio, buscando así sólo "dar completa fuerza al título ejecutivo" (pág. 95). (Es nuestro el subrayado.)

Cuando en el juicio ejecutivo se ha obtenido un verdadero título de tal índole—la sentencia—, se pasa a la fase de apremio—ejecución—, del mismo modo que se pasa a ella cuando en un proceso ordinario ha recaído el fallo y se quiere ejecutar. Pero entre uno y otro periodo, pese a su contigüidad en la ley, hay una enorme diferencia, y el procedimiento de apremio igual pudiera estar colocado sistemáticamente en el título que trata de la ejecución de las sentencias (VIII, lib. II), ya que en él se ordena asimismo la ejecución propiamente dicha con arreglo a tal procedimiento, al que expresamente se remite (art. 922).

Resumiendo lo dicho, cabe, en mi opinión, mantener la tesis del carácter declarativo ("*lato sensu*" = de cognición) del juicio ejecutivo regulado en los artículos 1.429 a 1.480 de la ley de Enjuiciamiento civil. Se trata, sin embargo, y de modo indudable, de un procedimiento de cognición limitada, *especial*, que se caracteriza por tender a la rápida obtención de un título ejecutivo—la sentencia de remate—a base, en todos los casos, de la presentación por el actor de un documento de los incluidos en las categorías taxativamente determinadas en la ley (art. 1.429). Presenta, pues, grandes analogías con el *proceso documental* que conoce la legislación alemana, y al que antes se aludió (en el mismo sentido, Alcalá Zamora, en las "Notas" a la edición española del *Derecho procesal civil* citado, de Goldschmidt, pág. 461).

El procedimiento que ha de seguirse para la ejecución de una sentencia varía, como se sabe, de acuerdo con los distintos supuestos que pueden ser objeto de la condena. Ahora bien: en el caso presente, debemos fijarnos en aquel procedimiento que se sigue para ejecutar la sentencia que condena al pago de cantidad líquida, ya que en una cantidad líquida consiste también el crédito hipotecario para cuya efectividad se acude a la tramitación especial del artículo 131.

La determinación de las normas aplicables en este supuesto la encontramos en los artículos 921, párrafo 1.º, y 922 de la ley de Enjuiciamiento civil. A tenor del primero, "si la sentencia condenase al pago de cantidad líquida y determinada, se procederá siempre y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de bienes del deudor en la forma y por el orden prevenidos para el juicio ejecutivo". Hasta aquí se trata de medidas cautelares que la ley de 1909 suprimió para el procedimiento hipotecario con buen acuerdo, dado lo innecesario, en este caso concreto, de la adopción de nuevas garantías. Según el segundo de los artículos citados, "hechos los embargo, se pasará al avalúo y venta de los bienes en que consistan y al pago, en su caso, *con entera sujeción a las reglas establecidas para el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo*". Resulta, pues, que la forma procesal de ejecución de una sentencia—en esta hipótesis que podemos considerar como típica—está constituida por la vía de apremio de los artículos 1.481 a 1.531 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la afirmación que hemos hecho ya en otras ocasiones encuentra aquí su lugar oportuno de expresión: con el nombre de *procedimiento de apremio* (sección II, tit. XV, libro II) designa la ley las actuaciones que componen la forma que debemos estimar como ordinaria o común del *proceso de ejecución*. Y es, por tanto, con la regulación ordenada para esta vía de apremio con la que han de compararse las *normas especiales que sobre ejecución se encuentran en los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria* (1).

(1) Véase, pues, lo erróneo de la opinión de Ríos Mosquera, quien recientemente ("Cargas inmobiliarias", en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, abril de 1940) señala, en la ejecución dos modalidades distintas: la del título VIII y la del título XV, sección II, de la ley de Enjuiciamiento. Por otra parte, el ejemplo aducido en la primera modalidad es inexacto, porque la sentencia que reconoce—sin más—la existencia de un derecho de servidumbre es una sentencia *declarativa*, y como tal no susceptible de ejecución, sin que pueda estimarse acto de este carácter la correspondiente inscripción de la servidumbre en el Registro.

La semejanza apuntada entre ejecución hipotecaria y ejecución de sentencia se nos convierte, por tanto, en último término, en una paridad entre la primera y el llamado procedimiento de apremio, paridad que ya ha sido expresamente señalada en algún texto jurisprudencial (1).

Llegados a este punto, parece que podemos determinar sin ulteriores dificultades la *naturaleza jurídica* del procedimiento hipotecario y su verdadero lugar sistemático en la regulación que nuestro derecho positivo conoce de la ejecución forzosa procesal.

Los tipos de esta ejecución varían, en efecto, según la índole de los bienes que son objeto de ella, y los supuestos legales son los siguientes:

a) Ejecución sobre dinero, sueldo, pensiones o créditos realizables en el acto, artículo 1.481 de la ley de Enjuiciamiento civil.

b) Ejecución sobre títulos valores, en particular los que se mencionan en el artículo 1.482, con la regulación contenida en el mismo precepto.

c) Ejecución sobre bienes muebles, artículos 1.483 a 1.488, con algunas disposiciones aplicables de los artículos siguientes.

d) *Ejecución sobre inmuebles*, artículos 1.489 a 1.531 de la que debemos considerar como una *hipótesis especial el procedimiento determinado en la ley Hipotecaria* (2). Este es, en definitiva, un *proceso de*

(1) Sentencia citada de 23 de noviembre de 1926. El procedimiento judicial sumario "reunir requisitos y condiciones de gran semejanza con la vía de apremio del juicio ejecutivo".

(2) ¿Hasta qué punto esta *especialidad* debe subsistir en una ordenación futura de la ejecución procesal? El procedimiento hipotecario ha suscitado numerosas críticas doctrinales, que ponen de relieve, sobre todo, el hecho cierto de su *ineficacia* y de que los fines que con él pretendió lograr el legislador han quedado en su mayor parte sin ser alcanzados. Un juicio de conjunto no puede ahora formularse, ya que merecen críticas diferentes las varias innovaciones que contiene con respecto al régimen común. En general, puede decirse que las nuevas soluciones adoptadas responden a un sistema más perfecto que el de la ley de Enjuiciamiento civil, pero han incurrido en el defecto de no recoger todos los complementos necesarios para que tengan utilidad real, y así ha quedado a medias la sustitución de un régimen por otro. Ahora bien: lo que sí puede afirmarse es que no tiene razón de ser la existencia del procedimiento hipotecario como forma *especial* de ejecución, y, reconociendo la superioridad (que aún puede ser aumentada) del texto hipotecario sobre el de la ley de Enjuiciamiento civil, lo que habrá de hacerse es elevar los preceptos del primero a supuestos de carácter general y ordenar un tipo único de ejecución sobre inmuebles en que se recojan las soluciones mejores de aquél y en el que venga incluida la hipótesis del título hipotecario, al lado de las restantes, sin más que, a lo sumo, la determinación de los pocos artículos específicos que se juzguen indispensables.

ejecución aplicable a casos delimitados por la índole de los créditos que lo originan; y la escritura de constitución de hipoteca, en la que concurren las circunstancias expresadas en el artículo 130, es, a diferencia de los casos enumerados en el artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil, un *verdadero título ejecutivo*.

JAIME GUASP DELGADO.

Letrado del Consejo de Estado.

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad
de Barcelona.

Nueva teoría de los Impuestos (*)

FINANZAS

Venimos hablando de las finanzas sin haber definido el Derecho Financiero. Para obviar este inconveniente, el tema del presente epígrafe consistirá en discernir los hechos financieros, por los que se ha de definir ese Derecho, puesto que son objeto de su relación jurídica, ya que el sujeto es el mismo que el de las demás actividades de la Hacienda, o de aquellas personas jurídicas cuyos créditos se cotizan en Bolsa. Vamos a esclarecer esta cuestión y a demostrar, al mismo tiempo, que tal materia es una parte de la disciplina administrativa, denominada Hacienda pública, cuando no de la asignatura de Derecho Mercantil.

Ya dije en Economía Fundamental, que así como en Medicina, lo culminante es la Patología, sin que la ciencia médica pueda, por eso, desentenderse de lo fisiológico y demás disciplinas que no son enfermedad ni dolor; pero que constituyen base y precedente para el conocimiento de lo patológico, y de lo terapéutico; de la misma suerte, la Economía Política trata de regular, mediante principios morales, la conducta del hombre con sus semejantes; en sus relaciones sobre el objeto, "bienes", y que por desenvolverse en sociedad, son principios no solamente morales (o no exigibles por la coacción), sino jurídicos o impuestos, en su caso, a la voluntad individual por la misma sociedad, y en su representación, por el Estado, respecto al "valor venal de escasez" y también respecto al "valor en uso", o goce, uso o disfrute de las cosas útiles. Esto sucede aunque abunden y no posean valor venal; porque el Derecho ha de garantizar y facilitar la satisfacción de todas las necesidades y deseos que no perjudiquen a la comunidad.

(*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

Ahora no estamos en Economía Fundamental, en lo referente a la utilidad o "valor en uso" de los bienes naturales de la Humanidad, ni tampoco en Derecho Administrativo que facilite a todos por "igual" su uso, sino precisamente en el "valor venal" de bienes materiales o inmateriales de la propiedad exclusiva de alguien. Esta propiedad puede constituir el patrimonio del Estado y demás entidades públicas, o por el contrario, ser el patrimonio de los particulares. Aquél, constituye la Hacienda Pública; éste, la propiedad que regulan las leyes civiles. Divididos así los "valores venales" en patrimoniales del Estado y de la propiedad de los particulares, el Derecho tiene dos esferas: la Hacienda Pública y las leyes civiles. Examinemos la tercera forma, que es mixta de intereses particulares y de servicio de la sociedad. Pero antes hemos de explanar unos conceptos de Derecho Mercantil que convienen, como prolegómenos, a la definición de lo financiero.

En Economía Fundamental, hemos presentado al "comercio" como la tercera forma del trabajo de una persona, que implica un servicio social de "desvalorización". Esta persona comerciante es individual o jurídica. Ahora me voy a referir precisamente a las sociedades mercantiles o industriales, porque si el sujeto de cualquier relación es unipersonal, no hay fundamento de cotización en Bolsa, sino de transmisión notarial y, en su caso, registral ordinaria de derechos dominicales o crediticios. Es preciso que haya constitución de sociedad mercantil para que exista materia bursátil.

Pero no toda sociedad es capaz de conseguir esta forma de cotización. Las formas que el arbitrio humano puede establecer para las sociedades mercantiles, aun limitadas a este campo, son infinitas; pero entiendo que, considerándolas fundamentalmente, se reducen a tres: la regular colectiva, la anónima y la comanditaria. En la primera, la persona industrial no se independiza de ninguno de los socios. Es poco más que el concepto de pluralidad de individuos en el sujeto de la relación jurídica, que es la comunidad de bienes, añadiéndole una razón social y una personalidad colectiva.

La sociedad anónima, por el contrario, esfuma las individualidades que cooperan a su formación, en la nueva e independiente personalidad mercantil que, por ende, no es colectiva regularmente y tiene su unidad en la representación, y en los estatutos como definidores y constituidores de los gestores responsables.

La comanditaria parece el tipo de la sociedad intermedia entre las

anteriores: se conoce personalmente a cada interesado; pero se busca la gestión unitaria. Las restantes formas de sociedad son combinaciones de estos tres conceptos de compañías.

Pues bien: solamente las sociedades en que los intereses están representados por acciones, que se transmiten previa cotización en Bolsa, como en las sociedades anónimas, constituyen la segunda rama de las finanzas, después de las de la Hacienda, porque ya he dicho que los intereses de las otras, sean civiles o mercantiles, se transmiten por los interesados de manera ordinaria, o sea notarial o registralmente, cuando no baste la forma privada, verbal o escrita.

Hemos de sentar también otro concepto previo para delimitar el Derecho Financiero: que no se comprenden en éste, ni en ninguna de sus dos esferas (la pública de la Hacienda y la privada de los derechos particulares); todos los bienes, derechos y acciones, sino solamente las acciones. Las finanzas necesariamente se refieren al crédito, al derecho de obligaciones, no a los derechos reales ni siquiera a los mixtos. Así se le cotiza en Bolsa, al Estado, el crédito o responsabilidad de sus Deudas con el público en general, cuyas acciones o participaciones suelen denominarse títulos de la Deuda, bonos del Tesoro y obligaciones, sin acreedor determinado, y en ese mercado, se venden y se compran las acciones crediticias de sociedades anónimas, que suelen tener concedidas explotaciones de servicios públicos. Tal es el ámbito de las finanzas, y tal el Derecho Financiero, que condiciona las actividades de los mercados bursátiles.

Ya veremos en Derecho Trascendental Inmobiliario, que saldrá después del presente trabajo, cómo los derechos reales de la tierra se movilizan comercialmente hasta el extremo de crear, con los nuevos Registros de la propiedad, verdaderas y especiales Bolsas de contratación de bienes y derechos inmobiliarios. De suerte que la tercera forma de contratación es la circunstancial de permuta o compraventa civil, la ocasional de feria o mercados, y la de tiendas, según la oferta sea intermitente o estable (tienda) para los bienes muebles de todas clases, o se presente en determinado lugar para el fenómeno mercantil de la feria, o la demanda acuda en solicitud privada al propietario.

Lo financiero tiene, pues, su ordinaria realización bursátilmente y, como doctrina jurídica, es una parte del Derecho Mercantil, que afecta a la Hacienda Pública, la cual, a su vez, es una parte de pragmatismo o aplicación de la Economía Política, por ser ésta la Metafísica de todos

los derechos de uso o goce de bienes, políticamente ("derecho igual") o privadamente ("propiedad"), del Estado o de los particulares.

COROLARIOS

Establecemos los tres corolarios siguientes, de efecto negativo:

1.º Los impuestos no deben someter a tributo a las personas, en sí, ni a su trabajo posible o su consumo necesario. Por esto, no han de gravar las cosas útiles, meramente por su "valor en uso" o utilidad, porque destruirían la Ley desvalorizadora fundamental de la Economía Política. Gravarían a los pobres, elevarían el costo de vida, patentarían su desigualdad "imponiendo" donde no había valor venal, etc.

2.º Los impuestos no han de convertir en Renta Pública los monopolios, porque se contrarían las leyes de la Economía.

3.º Los recursos del Estado no deben constituirse, en todo ni en parte, por "empréstitos", sino que la "deuda pública", como en lo civil, debe ser solución temporal y equitativa del Estado para no girar de una vez sobre las rentas de valores venales, sean de cosas o servicios, y sobre los propios capitales, el importe de gastos extraordinarios de guerras, cataclismos, escaseces, etc.

Formulamos también otros tres corolarios de carácter positivo:

1.º El primer impuesto de la Hacienda ha de ser el de la Renta Pública de los "espacios vitales económicos", porque cumple los tres postulados expianados y realiza los dos enunciados fines: el jurídico del Estado, al conjugar la "sagrada propiedad" con el "derecho igual"; y el fin social desvalorizador que debe efectuar la Administración Pública. Es, pues, impuesto perfecto.

2.º En caso de insuficiencia recaudatoria del impuesto perfecto, podrán establecerse otros imperfectos; pero siempre Impuestos y Contribuciones que pesen precisamente sobre el "valor venal, comercial o en cambio", porque si no gravan "valor venal" son arbitrios y tributos absoluta y radicalmente imperfectos.

3.º Entre los Impuestos y Contribuciones clasificados de menos perfectos, pero que no son total o radicalmente imperfectos, deben elegirse los que sean más generales e ineludibles, difusivos y no repercutivos; y respeten los pequeños patrimonios, fundado en aquella aludida razón de solidaridad social de los fines del hombre. Y en cuanto a

los "émprestitos", han de ser de situación interior nacional, de carácter amortizable, y asegurar presupuestariamente el servicio de intereses y amortización.

CONCLUSIÓN

Tal es la teoría de los impuestos, según la nueva Economía Fundamental. Por algún tiempo, no convendrá llevarla a la realidad. Cuando el caso llegue, ha de ser precedida del establecimiento del nuevo Derecho Trascendental Inmobiliario, que posibilite la Renta Pública, como primer ingreso con que la Hacienda levantará los gastos de la Administración. Es decir, ante todo, debe variar el concepto de la contribución territorial: de impuesto sobre la tierra tiene que pasar a concepto de Renta, con el efecto que se explicará en el próximo trabajo.

Desde luego, los impuestos sobre el trabajo posible, o sea sobre la misma facultad de trabajar (contribución industrial o de comercio, patentes para ejercicios de profesiones, etc.), que no se puede saber *a priori* cuándo son o no trabajos productivos venal o cambialmente, pasarían a Contribuciones sobre utilidades, o sea sobre los valores venales adquiridos, o sobre los capitales y rentas de todas clases, incluso las del trabajo; pero no sobre el trabajo mismo "ab initio". Tan pronto fuera posible, desaparecerían los impuestos sobre consumos, transportes, etc. Todos los Monopolios de carácter necesario, que sean ineludibles en la vida social, serían asumidos por la Administración Pública para mejorarlos y desgravarlos en todos sentidos, paulatinamente. Por ejemplo, la colación de títulos profesionales, que es función estatal, que ha de ejercer exclusivamente la Administración Pública, Justicia, Legislación, Orden y Seguridad, Prisiones, Ejército, Moneda, Comunicaciones, etc., etc.

Y los servicios vitales para la sociedad y para el individuo, que el Estado pueda mejorar, serían ejercidos por la Administración Pública como modelo de superación para la industria privada; pero sin monopolizarlos, cuando la monopolización no es ineludible, sino admisible la competencia en cuanto a la perfección del servicio. Por ejemplo: la enseñanza, que es función social, y no estatal ni privativa de la Administración; asistencia médica y social, centros o mercados de abastos, casas de salud de todos los órdenes, etc., etc. El impuesto de herencias

y donaciones será convenientemente reformado. El Timbre se reducirá a reintegro de los gastos del respectivo servicio público. Y los Aranceles y Aduanas, a lo que aconseje la necesidad de la Economía dirigida.

No quiero dar sentido pragmático a las investigaciones del presente trabajo, aunque se caractericen por su evidente practicismo, porque la deducción realista y el consiguiente programa político incumbe a las Jerarquías del Estado, y no al escritor. Por esta razón no puedo, como mero pensador, tratar de la organización de los transportes y comunicaciones, ni de los establecimientos de enseñanza oficial y particular, de los servicios municipalizados o no, de los auxilios sociales, asociación, sindicación y cooperatismo, etc., etc. Ni siquiera pienso ocuparme de aquellas funciones de Derecho que, por soberanas, como las indicadas al principio, son privativas del Estado. Por ejemplo: la Administración de Justicia. Sobre su organización y el procedimiento judicial, civil, contencioso-administrativo y criminal, me remito a los libros que tengo consagrados a estos temas.

Termino, pues, con una referencia a la última materia, objeto de lucubración en este trabajo: la deuda pública. Pero su desamortización nos llevó a tratar previamente de la circulación monetaria, y esto excedió del programa de los presentes artículos, puesto que solamente incluía la naturaleza de los impuestos.

ADOLFO GARCÍA GONZÁLEZ.

De la carrera judicial

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

I

Al reorganizarse el Tribunal Supremo de Justicia por la ley de 27 de agosto de 1938 y quedar en ella determinada la competencia de las respectivas Salas, se estatuyó en su artículo 8.º, en relación con la 3.ª, lo siguiente: "La Sala 3.ª conocerá únicamente de los recursos promovidos contra las resoluciones de los Tribunales Contenciosoadministrativos provinciales, quedando expresamente excluidos los recursos contra las resoluciones de la Administración Central."

Aunque el precepto está claro, y en buena lógica interpretativa no debiera ofrecer dudas en cuanto a su irretroactividad y consiguiente inaplicación a las resoluciones de dicha Administración dictadas con anterioridad al 18 de julio de 1936, es lo cierto que no debió ocurrir así, puesto que el legislador se creyó en el caso de aclararlo por decreto de fecha 2 de marzo de 1939, disponiendo que la mencionada Sala 3.ª es competente "para conocer y fallar recursos contra las resoluciones de la Administración Central fechadas con anterioridad al 18 de julio de 1936".

Ante preceptos tan explícitos y concluyentes, no parecía fácil que pudieran ocurrir nuevas dudas acerca del ámbito competencial de la Sala 3.ª, y, sin embargo, no es así, ya que sabemos que hay quien la abriga sobre si en el concepto general "resoluciones de la Administración Central" han de comprenderse también las del Tribunal Económicoadministrativo central, y, por ende, si éstas son recurribles aun siendo de "fecha" posterior al 18 de julio de 1936.

Una lectura atenta de los dos preceptos antes transcritos esclarecerá, a nuestro juicio, completamente la nebulosidad.

En primer lugar, tanto uno como otro precepto hacen referencia expresa a "resoluciones de la Administración Central", para decir con toda esa generalidad que las anteriores en fecha a 18 de julio de 1936 son susceptibles de recurso, y que no lo son las posteriores; y siendo esto así, haría falta desconocer el carácter y atribuciones del Tribunal mencionado para negarle su cualidad de organismo supremo de la Administración y el más cualificado en el terreno económicoadministrativo, hasta el extremo de que es la más elevada expresión de la facultad jurisdiccional de la Administración en esas materias, con la sola excepción de aquellas reclamaciones "cuya resolución está reservada al Ministro de Hacienda".

Así se desprende, sin género de duda, del decreto-ley de 16 de junio de 1924, sobre enjuiciamiento económicoadministrativo, y de su reglamento, de fecha 29 de julio del mismo año; disposiciones ambas reguladoras de la constitución y funcionamiento de los Tribunales de ese orden.

El anterior argumento sería, sin duda, por sí solo bastante para dejar zanjada la cuestión; pero, aun sin él, el propio texto de la ley de 27 de agosto de 1938, en su artículo 8.º, cuyo texto transcribimos al principio de este estudio, es tan claro que no deja lugar a la controversia. Dice que la competencia de la Sala 3.ª queda circunscrita a, conocer "únicamente" de los recursos contra las resoluciones de los Tribunales Contenciosoadministrativos provinciales, y esto por sí solo es tan categórico y tan excluyente, que fuera de ellas ninguna otra entra en el ámbito de su competencia, cualquiera que sea el centro administrativo que la produzca. Con tal delimitación quedaba realmente alejada toda duda, pero aún quiso el artículo desvanecerla más y precisar mejor el pensamiento del legislador, y añadió que excluía expresamente de aquella competencia los acuerdos o resoluciones de la Administración Central. Esto es, que las resoluciones del Tribunal Económicoadministrativo central están fuera del área competencial de la Sala 3.ª, tanto por ser decisiones de la Administración Central, como por no ser resoluciones de un Tribunal provincial de lo Contenciosoadministrativo.

II

En directa relación con el tema que acabamos de desarrollar, aún se ha presentado en el ánimo de algunos otra cuestión que ha tenido su reflejo en algún centro ministerial, y es ésta: en el supuesto de que en la actualidad sea declarada lesiva una resolución de la Administración Central, ¿será posible interponer contra ella, de acuerdo con lo dispuesto en la ley jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, el correspondiente recurso ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo y recabar del Fiscal, como esa ley y su reglamento disponen, que inste la demanda pidiendo la revocación de tal resolución?

La contestación, después de lo que acabamos de exponer, nos parece que se resuelve con facilidad, si previamente se establece la distinción entre resoluciones de la Administración Central anteriores y posteriores al 18 de julio de 1936.

Estas—las posteriores—no son recurribles en ningún caso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según hemos demostrado, y, por consiguiente, aun tomado el acuerdo declarando la lesividad, carecen de cauce procesal para que el Fiscal, primero, y la Sala 3.^a, después, conozcan de ellas y puedan apreciar la lesividad jurídica que encierran y, en su caso, revocarlas.

Esta solución, indiscutible sin duda, trae de la mano otra que no haremos más que apuntar, ya que nos llevaría lejos de nuestro tema de hoy. Si, pues, la resolución declarada lesiva no es recurrible, por ser posterior a esa fecha que a manera de hito ha sido puesto para deslindar dos épocas de la Historia de España, ¿qué camino queda practicable para neutralizar o deshacer esa lesión, que hay que suponer no solamente económica, sino también jurídica?

El problema no lo es, si bien se mira, dentro de la legalidad vigente, dadas las facultades que el Estado concentra hoy en sus manos. Desde el momento en que sobre él, o al lado de él, no ha querido que haya ningún organismo jurisdiccional que discierna sobre la legalidad de sus decisiones en materia administrativa, es claro que el Estado, y solamente él, por medio de sus propios organismos administrativos, es el llamado a revisar sus decisiones. Lo cual quiere decir que cuando estime que alguna de las dictadas por los organismos centrales es errónea, lesiva o inadaptada a la legalidad, lo que hará será reformarla.

Esto es lo lógico dentro de la actual concepción de las funciones estatales, y por serlo hace que huelgue el acuerdo declarando la lesividad de una resolución con los fines que la ley de lo Contencioso-administrativo preveía, o sean los de preparar el recurso contra ella, puesto que si este paso era el primero que, dentro de una concepción estatal radicalmente distinta, se daba en el camino de una jurisdicción a la que la Administración general se sometía como litigante, hoy que no existe ese sometimiento sería absurdo emprenderlo: tan absurdo como emprender un camino a sabiendas de que no conduce a ninguna parte.

En cuanto a las resoluciones anteriores al 18 de julio de 1936, la solución que se impone es completamente distinta de la que precede. Estas resoluciones, si proceden de la Administración Central, están dentro del campo jurisdiccional del Tribunal Supremo en su Sala 3.ª, sin otros requisitos previos para recurrirlas, en cuanto a aquella se refiere, que estos dos: un acuerdo de la propia Administración declarándolas lesivas, y que ese acuerdo se adopte dentro de los cuatro años siguientes a la fecha de la resolución que se reputa lesiva, según previene el artículo 7.º de la ley Procesal en la materia.

Es decir, que así como en las resoluciones posteriores a la fecha hito antes dicha a nada conduciría la declaración de lesividad, porque tras ella no hay camino practicable, en las anteriores sí tienen razón de ser y plena eficacia procesal, puesto que el negársele equivaldría a cortar ese camino que la ley abre a la Administración para que pueda llegar a plantear la contienda procesal ante la Sala 3.ª.

El resumen de cuanto va dicho es éste: las resoluciones de la Administración Central posteriores al 18 de julio de 1936, cualquiera que sea el órgano que las dicte, no son recurribles ante la Sala 3.ª; las anteriores fueron recurribles por los interesados, dentro de los plazos correspondientes, y lo son hoy por la propia Administración, previa declaración de ser lesivas y en tanto no transcurran cuatro años desde que se dictaron.

JOSÉ M.ª RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1941.—*Disolución de una Sociedad.*

Si, conforme a lo establecido en los artículos 1.700 Código civil y 221 Código de Comercio, se encuentran entre las causas que dan lugar a la extinción de la Sociedad civil y a la disolución de las Compañías que regula el Código de Comercio la de haberse terminado el negocio que sirva a aquélla de objeto y la conclusión de la Empresa que constituya el de éstas, tales causas no operan por sí ni de modo que al producirse extingan inmediatamente la Sociedad y el vínculo contractual, porque a estos efectos ha de preceder la total liquidación de las relaciones sociales, que, mientras a la misma no se llegue, subsiste, siendo fundamental, que, en tanto que no resulten cumplidas cuantas obligaciones forman el contenido del contrato que a la Sociedad dió nacimiento, no cabe afirmar, que el mismo haya llegado a su consumación ni puede consiguientemente tenerse por extinguido.

SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1941.—*Cosas accesorias y principales.*

Frente a la alegación del demandado, según la cual el estanque no constituye finca por sí solo, la Sala sentenciadora, al apreciar la prueba, estima, que dicho estanque tiene el carácter de finca independiente —apreciación que excluye el supuesto de subordinación indispensable para la aplicación del principio: "accessio cedit principal", contenido en el artículo 353 del Código civil—, y que no aparece demostrado pertenezca como accesoria al terreno del demandado y recurrente su participación en el repetido estanque; de donde, admitido por ambas partes que éste se halla indiviso mientras que los terrenos corresponden cada uno a diversos propietarios, aparece manifiesto que la sentencia no infringe los artículos 400, 404 y 1.097 del Código civil. De-

clarado, constituye el estanque finca independiente, deben ser conceptuados como parte integrante del mismo el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes, y, por tanto, tampoco cabe apreciar vulneración del artículo 98 de la ley de Aguas.

SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1941.—*Nacimiento y estructura de la Comunidad de regantes.*

Si bien es cierto que la Comunidad de regantes no nace a la vida del derecho en su actuación frente a terceros, mientras no sea reconocida por el Poder público mediante la aprobación de sus ordenanzas, de acuerdo con los artículos 35 y 37 del Código civil en relación con la disposición transitoria, apartado a), de la R. O. de 25 de junio de 1884, también lo es que desde el momento en que hay acuerdo de la mayoría de usuarios, en la Comunidad voluntaria, o hay la declaración de quedar constituida, en la de origen forzoso, se produce una situación interina de hecho, que trasciende a la esfera del Derecho, entre la Comunidad naciente y sus miembros, en cuanto éstos vienen obligados a cumplir lo convenido u ordenado, particularmente cooperando en los actos preparatorios o encaminados a la formación definitiva de la Comunidad; por lo que no es rigurosamente admisible la tesis del recurso, que niega toda significación jurídica a la entidad demandada con anterioridad al año 1934, en que fueron aprobadas sus ordenanzas, no obstante ser hecho procesalmente cierto que en el año 1931, previa convocatoria de los regantes de Santa Eulalia y Herce, quedó interinamente constituida la Comunidad, sustituyendo a la antigua Junta de Regadío en la regulación del aprovechamiento colectivo de las aguas.

La Comunidad de regantes es una unidad orgánica formada por la agrupación de sus elementos personales (usuarios) y patrimoniales o reales (aguas, obras de derivación y conducción) que le son transferidos según se desprende de los artículos 237 de la ley y 1.º, 2.º, 3.º, 23 y 24 de las Ordenanzas aprobadas por la R. O. dicha, de 25 de junio de 1884; y así resulta, que la Comunidad demandada con sus órganos complementarios (sindicato y Jurado de Riegos), al vigilar y defender sus intereses y regular la mejor distribución de las aguas, actúa en la esfera de sus atribuciones y sobre su propio patrimonio, civilmente poseído; y, por tanto, no despoja de sus derechos a los regantes de Santa Eulalia Bajera, ni es mera administradora de las aguas (arts. 237 y

244 de la ley y 1.º al 5.º de las referidas Ordenanzas), ni es detentadora o con la sola posesión de las mismas, como en contrario se alega en el recurso al calificar de posesión natural, equiparándose a la posesión en nombre ajeno, la relación jurídica entre la Comunidad y las aguas llamadas de regadío, sin tener en cuenta que ni la Comunidad posee en nombre ajeno ni aunque así poseyera dejaría de aprovechar a los regantes de éste, por imperio del artículo 439 del Código civil, el disfrute colectivo de las aguas regido desde el 1843; primero por la Junta del Regadío y después por la entidad demandada, continuadora de aquella Junta; por lo que en ninguno de los supuestos jurídicos que establecen los actores estaría justificada su pretensión de privar a los regantes de Herce del aprovechamiento colectivo con las de Santa Eulalia Bajera, y a la Comunidad de su legítimo derecho a la posesión y mejor distribución de las aguas entre los regantes de ambos pueblos.

SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1941.—*Aprovechamiento de aguas.*

No se identifican ni en la ley de Aguas ni en el Código mismo el concepto del *dominio* como suma total e íntegra de los poderes que pueden tenerse sobre una cosa con carácter exclusivo y excluyente, con el del *aprovechamiento* de las aguas del dominio público, expresión menos amplia, mediante la cual se cohesionan y armonizan el derecho inmanente del titular con otro de diversa condición y extensión, atribuidos a los usuarios o a los titulares de aprovechamientos y que pueden ganarse o por concesión administrativa o por prescripción dentro de un régimen de coordinación legal, que es la mejor demostración de esta tesis.

SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1941.—*Artículo 776 del Código civil.*

El artículo 776 del Código civil tiene su inmediata procedencia histórica positiva en la ley II, título IV de la Partida VI; y si ambas disposiciones exigen notoriamente, que el uso de la facultad, que las mismas otorgan para nombrar sustituto al descendiente que padezca enajenación mental, se haga, hallándose en este estado el sustituido, en modo alguno exige la ley expresada, que se haga declaración de incapacidad, ni es el tenor literal del artículo citado tan claramente expresivo de un preciso sentido ni de la intención del legislador en orden al tiempo en el que ha de ser declarada la incapacidad del mentalmente enajenado,

necesaria para la validez de la sustitución que excluya como justificadas las dudas y pareceres doctrinales encontrados en lo relativo a aquel extremo por la concisión y los literales términos en que aparece expresada en el párrafo 1.º del referido artículo 776 la exigencia del requisito de que el descendiente, al que se nombre sustituto, haya sido declarado incapaz, conforme a derecho se presta a vacilaciones y a inteligencias diversas; mas aunque ciñendo la interpretación del precepto en su indicado primer párrafo a normas meramente gramaticales se puede sostener, que el empleo, que en el mismo se hace del verbo ser en pretérito perfecto a continuación de la facultad que al ascendiente se concede, parece indicar que queda supeditado el uso de aquella facultad a la previa declaración de la incapacidad conforme a derecho, este parecer sólo puede ser sostenido al amparo exclusivo de la literalidad del párrafo del que se deduce, elemento útil y atendible para la interpretación, pero no basta el extremo de que imponga un criterio de inexcusable servidumbre a la letra que haya de ser seguido aunque se dude de que conduzca al conocimiento seguro de cuál fué el verdadero sentido que el legislador quiso dar a la disposición de él emanada. La sustitución ejemplar tiene su fundamento natural y jurídico en la falta de capacidad de los enajenados y en el amor que los ascendientes profesan a sus descendientes, amor que los inclina y lleva a procurarles el bien, atendiendo a su cuidado y a tutelar su voluntad y razón, supliéndoles en el ejercicio de estas facultades, cuando de ellas carecen, con el de las suyas propias; y si es regla de previsión razonable y prudente la que lleva a exigir para la validez de la sustitución, que autoriza el artículo 776 del Código civil, que conforme a derecho se declara la incapacidad del sustituido, no cabe dudar, que la garantía que implica tal declaración, lo mismo se logra, cuando es anterior que cuando sigue al testamento, en que se ordena la sustitución, siempre que preceda al momento de la efectividad de ésta, el que ya ha dejado de ser eventual y de estar sometido a las condiciones resolutorias que el propio artículo citado señala en su párrafo segundo. Lo que antecede conduce a entender, que, como ninguna razón jurídica o de conveniencia social indica la procedencia o necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental mientras no haya sido declarado judicialmente la incapacidad, y son en cambio muchos y muy notorios, lo que excusa de señalarlos detenidamente, los perjuicios que de esta exigencia rígida y de aquella privación pueden derivarse, no debe, en buena hermenéu-

tica ser interpretado el artículo 776 del Código civil, guiándose por su construcción gramatical y refiriéndose el requisito que contiene en el párrafo primero al momento de hacerse la sustitución y no al del fallecimiento sin testar del sustituido, que es en que se determina la invalidez o validez de la sustitución, hasta entonces precaria e inestable, y al que sin violencia puede referirse el requisito expresado, ya que en definitiva el estado mental en que entonces se encuentre el heredero sustituido es el que importa y rige para la eficacia de la sustitución.

La sentencia que tenemos a la vista y que nos parece acertada modifica el criterio de la sentencia del 21 de abril de 1928, según el que la declaración de incapacidad debe ser anterior al momento en que el ascendiente nombre sustituto.

SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1941.—*Simulación.*

El proceso gira en torno de la nulidad de un contrato, mediante el que D. José Vázquez vendió todos sus bienes por el precio de 1.000 pesetas a su sobrino D. Claudio Vázquez, desapareciendo de esta manera la herencia de sus hijos legítimos. El Tribunal Supremo establece al efecto:

"Si bien es cierto, que el Código civil patrio, recogiendo el sentido objetivo y jurídico (no meramente psicológico o individual) del concepto de la causa contractual, establece en el artículo 1.274, que en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, no ha de pensarse, que la existencia de esas recíprocas prestaciones o promesas que constituyen la causa depende exclusivamente de la apariencia que las partes en su declaración de voluntad hayan querido dar al acto que realizan, pues, por el contrario, el derecho exige para la eficacia del negocio la coincidencia o conformidad entre la voluntad real y la voluntad declarada, y de ello resulta, que han de ser considerados como vicios del contrato, tanto la *simulación absoluta* que supone un acto o contrato fingido carente de contenido real y en que faltan los requisitos todos del contrato, entre ellos la causa, como la *simulación relativa* que implica un acto o contrato enmascarado, en el que se manifiesta una apariencia contraria a la verdadera realidad del acto que se quiere realizar y en el que, si bien existen los elementos o requisitos del contrario, están éstos desfigurados al disimularse y fingirse ora el contenido ora los sujetos o

ya la naturaleza o la causa del contrato (caso de falsedad de la causa, que es uno de los más típicos ejemplos de la simulación relativa). En este último de sus aspectos la simulación relativa encuentra términos de regulación en el artículo 1.276 del Código civil, que sienta el principio de nulidad de los contratos en los que se hace expresión de una causa falsa, si bien deja a salvo el caso de que estén fundados en otra verdadera y lícita; doctrina que recogen y desenvuelven las sentencias de este Supremo Tribunal de 3-III-1932 y 22-II-1940, en las que se establece, que, si bien al amparo del citado artículo del Código civil puede admitirse la validez de los negocios disimulados, es necesario, que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley; el cual ha de ser especialmente exigido con rigor cuando se trata de donaciones encubiertas. En el presente caso todas las circunstancias que acompañan al contrato otorgado el 8-III-1934 por José Vázquez López y Claudio Vázquez (entre ellas, la relación de convivencia existente entre las partes, la falta de concreción en cuanto a los bienes que eran objeto de la supuesta venta, la falta de correspondencia seria entre el precio que se dice entregado y el valor de los bienes), y las circunstancias que subsiguen al contrato (como la de no haberse encontrado en poder del vendedor, al tiempo de su muerte, tres días después del contrato, las 1.000 pesetas que figuraron como precio) revelan la falsedad de la causa consignada en el mismo por no ser real y efectivo el precio de la operación, y demuestran que el verdadero propósito de los otorgantes era realizar y recibir, respectivamente, una enajenación gratuita. Debiendo así ser reconocida la simulación del contrato y siendo patente la verdadera naturaleza del mismo, así como el hecho (acreditado por la prueba de confesión de Claudio Vázquez) de que el transmitente no se quedó con otros bienes, se impone como lógica consecuencia la estimación de la ilicitud de la causa de dicho contrato, ya que se pretendió por él eludir los artículos 806, 807 y 808 del Código civil, que obligaban a D. José Vázquez López a respetar a sus hijos legítimos sus derechos legitimarios, siendo indudable que no pueda conceptuarse que tenga causa lícita la venta de bienes hecha por un padre para sustraerlos a la sucesión en perjuicio de sus hijos, cual ocurre en el caso de estos autos."

La sentencia del Tribunal Supremo establece acertadamente la nulidad de la compraventa por razón de simulación. Sin embargo, se plan-

tea a continuación el problema de si nos encontramos en presencia de un negocio disimulado y válido. El artículo 1.276 requiere para el negocio disimulado, acorde con el artículo 1.261, núm. 3, una causa verdadera y lícita. En nuestro caso, la causa es la llamada "causa donandi", sea en la forma de una "pura beneficencia", sea para remunerar un servicio, ya que parece que el donante se propuso remunerar el cuidado que había recibido durante su enfermedad en casa de su hermana y de su sobrino, donatario y demandado (véase art. 1.274 al final). La causa ha de ser lícita (art. 1.276 al final). No lo es si se opone a las leyes o a la moral (art. 1.275 al final). Distingamos ambos casos. Si la causa se opone a las leyes, el negocio será normalmente nulo, a no ser que las mismas leyes limiten la nulidad (art. 4.º). Ahora bien: en nuestro caso, la donación efectivamente se opone a las leyes, citadas por el Tribunal Supremo (arts. 806 a 808). Mas la ley regula en sus artículos 636, 654 y 655 la donación inoficiosa de forma que sólo la parte excesiva es afectada por la anulabilidad: la anulación reduce la donación a su justa medida, pero no la invalida por completo. Desde este punto de vista, la donación seguiría en pie en tanto en cuanto no excediera el importe del tercio de libre disposición. Si la causa se opone, en cambio, a la moral, es decir, a una regla ética no contenida en la ley, la nulidad debe ser forzosamente total, ya que carecemos de una disposición legal que limitara sus efectos, puesto que, habiéndola, la causa sería ilegal y no inmoral. La cuestión a saber es si la ley, al recoger la donación inoficiosa en la forma conocida, la sanciona, aun reduciéndola, o si deja abierta la posibilidad de calificarla, además de ilegal, de inmoral. Aceptamos la última alternativa. En efecto: la ley reduce la donación inoficiosa de todas maneras, sin tomar posición en el problema de su inmoralidad, puesto que ésta depende por completo de las circunstancias del caso. Una donación inoficiosa puede ser moral por haberse disminuído, por ejemplo, el valor de la fortuna del donante entre el momento de la donación y el de su muerte, que es el momento decisivo para su apreciación (art. 654). Una donación inoficiosa puede ser asimismo inmoral. Y el caso de autos es un caso patente de inmoralidad. Por esta razón, la causa no es sólo ilegal, lo que no anularía por completo la donación, sino ella es también inmoral, lo que la anula radicalmente, por lo cual coincidimos en el resultado con el fallo de nuestro Supremo Tribunal.

SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1941.—*Prescripción.*

El causante del demandante había encargado al demandado, que gestionase dos negocios mercantiles suyos durante su permanencia en América, donde falleció en 1920. El demandante pide la devolución de estos negocios, así como la rendición de cuentas. El demandado alega, que se trataba de un contrato de mandato, cancelado por la muerte del mandante (art. 1.732, núm. 3, Código civil) en 1920, prescribiendo, por tanto, la acción del demandante, heredero del mandante en quince años (arts. 1.964, 1.969, 1.972 Código civil). La sentencia recurrida y el Tribunal Supremo mantienen, en cambio, en vista del carácter mercantil de los establecimientos y del hecho de que el demandado es comerciante, la tesis de, que se trata de un mandato mercantil, o sea de un contrato de comisión. Por esta razón no terminó el contrato con la muerte del comitente (art. 280 Código de Comercio), de donde sigue, que tampoco han prescrito las acciones dimanantes del mencionado contrato.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

VENTA OTORGADA POR AGENTE AUXILIAR DE RECAUDACIÓN. ES SUFICIENTE QUE, JUNTAMENTE CON LA EXHIBICIÓN DE SU CREDENCIAL, SE AFIRME POR EL NOTARIO AUTORIZANTE QUE TIENE, A SU JUICIO, LA CAPACIDAD LEGAL NECESARIA PARA FORMALIZAR EL CONTRATO, SIN QUE HAYA DE DAR FE ESPECIAL DE QUE SE HALLA EN EL EJERCICIO DE SU CARGO.

(R. de 5 de agosto de 1941. B. O. de 25 de igual mes.)

Por el Notario de Jijona D. Julio Romero Ferrazón se autorizó escritura el 10 de diciembre de 1935, por la que D. Antonio Cabanes González, como Agente auxiliar del Recaudador del Ayuntamiento de dicha ciudad, D. José María Ramos (el que expidió al primero la oportuna credencial, con el visto bueno del Alcalde, que el Agente auxiliar exhibía, y que fué publicada en el *Boletín Oficial*), vendía, en nombre y rebeldía de determinado deudor y como consecuencia de un expediente de descubierto a favor del Ayuntamiento de Jijona, un solar, sito en la misma, a D. Alfredo Bornay y D. Roberto Cabanes, por mitad y proindiviso, por el precio de 2.970 pesetas, en que fué rematada en subasta la referida finca; afirmando el Notario que los otorgantes tenían, a su juicio, la capacidad legal necesaria para formalizar el contrato.

Presentada la escritura en el Registro de Jijona, el Registrador don Francisco Aracil Colomer, con fecha 15 de febrero de 1940, suspendió su inscripción por no acreditarse, a su juicio, que D. José María Ramos Cortés, en el día de la escritura, ostentaba el cargo de Recaudador de Contribuciones del Ayuntamiento de dicha ciudad; no acreditarse la

personalidad directa que el D. Antonio González pueda ostentar con respecto al Ayuntamiento de la misma, o, en otro caso, que su intervención en la escritura lo es con autorización del Recaudador (si éste lo ejerce) en la fecha de la escritura que precede; no afirmar el D. Antonio Cabanes que en el momento de llevar a cabo lo de la subasta estaba en ése momento consentido por el señor Alcalde de la localidad, ya que oficialmente, y por tratarse de una entidad (el Ayuntamiento) que afecta y obliga a todos los vecinos, era público que tal subasta había sido por la Superioridad prohibida, y era también conocido que por la parte deudora se siguen los trámites juiciosos contra la Administración municipal, supuestas las faltas contra las disposiciones legales. No habiéndose solicitado por el representante anotación preventiva.

En consecuencia de dicha nota, el expresado, Notario Sr. Romero autorizó el 12 de febrero de 1940 un acta en la que comparecen don José María Ramos Cortés, Recaudador de contribuciones del Estado y de impuestos del Ayuntamiento de Jijona, y D. Antonio Cabanes González, Agente auxiliar del Recaudador de dicho Ayuntamiento, con el fin de subsanar los defectos expresados en la nota que antecede, en la que, después de consignar el Notario que comparecían en consecuencia de sus expresados cargos, que le constaba ejercían en relación con el Ayuntamiento, manifiestan, en lo esencial: el Sr. Ramos, que el día 10 de diciembre de 1935 era, y lo era antes y lo es todavía, Recaudador de impuestos del Ayuntamiento y que la intervención del Sr. Cabanes en la escritura, como Agente ejecutivo que vendió en nombre y rebeldía del deudor, fué con la autorización del exponente, con la genérica que se deriva de su nombramiento y con la específica que le dió para aquel caso concreto: declarando el Sr. Cabanes que acreditó su personalidad directa en relación al Ayuntamiento con el nombramiento de Agente auxiliar, y que en el momento preciso en que se firmaba la escritura estaba consentido para ello por el Alcalde.

Presentada copia del acta en el citado Registro, fué puesta por el mismo funcionario la siguiente nota: "Acompañado del acta notarial, complementaria del precedente documento, la cual, presentada en la Oficina liquidadora, se declaró no sujeta y retirada de liquidación, quedó adherida a este documento; queda suspendida la inscripción, a saber: no acompañarse las credenciales del Recaudador y de su Auxiliar ejecutivo y que figuren reintegradas con las pólizas (Timbre) correspondientes, sin lo cual no producen efectos (pues cuando, presentada

otra copia del asunto de que se trata en 1935, el Auxiliar ejecutor Sr. Cabanes, por exigírselo, presentó su credencial sin el reintegro correspondiente por Timbre para el Estado). No constar en el acta notarial referida que el Notario dé fe de que los aludidos funcionarios municipales están en el ejercicio del cargo, pues decir el Notario que le consta lo que ellos afirman no es lo mismo que dar fe notarial de que exhiben sus credenciales y asegurar que actúan en el cargo. No acompañar ni transcribir en el acta antes mencionada la certificación de la Alcaldía de que había aprobado lo de la subasta, lo cual y en público era contradictorio. No haber facilitado el señor Notario que ha autorizado los documentos objeto de esta nota lo requerido por este Registrador, que funciona como liquidador, el detalle relativo al acta del guardia municipal, acreditativa de que el Sr. Cabanes no quiso entrar en casa del deudor, con lo cual queda la Ley incumplida. Y, no habiendo solicitado anotación preventiva, se lleva a cabo la presente nota con lo expuesto, en Jijona, 26 de febrero de 1940."

Interpuesto recurso administrativo por el Notario autorizante de la escritura, el Presidente de la Audiencia declaró hallarse la misma extendida con arreglo a las formalidades legales, fundándose en los artículos 33 y 122 del Estatuto de recaudación de 18 de diciembre de 1928, en cuanto a la capacidad del Agente auxiliar interviniente, y en que los otros defectos apuntados por el Registrador no aparecían de la escritura ni de documento alguno obrante en el Registro; auto que confirmó la Dirección;

Considerando que en la escritura de compraventa calificada aparece D. Antonio Cabanes González como Agente auxiliar del Recaudador del Ayuntamiento de Jijona, exhibiendo su credencial con el visto bueno del Alcalde, la que fué publicada en el *Boletín Oficial*; y el Notario afirma que tiene la capacidad legal necesaria para formalizar el contrato por el que vende la finca embargada en nombre y rebeldía del ejecutado, como consecuencia del expediente de apremio; manifestaciones que, como dice la resolución últimamente citada, revisten doble autenticidad, por emanar de documentos administrativos que hacen fe y por apoyarse en el juicio y discreción del Notario autorizante;

Considerando que, por si esto no fuera bastante, en el acta de 12 de febrero de 1940, en la que comparecen el Recaudador y el Agente auxiliar, se consigna que lo hacen por razón de sus expresados cargos, que al Notario consta que ejercen en el Ayuntamiento, todo lo cual, unido

a las demás circunstancias y al hecho de haberse anotado e inscrito por el mismo Registrador varios documentos expedidos u otorgados por el propio Sr. Cabanes González, con igual carácter de Agente auxiliar del Recaudador del Ayuntamiento, trae como consecuencia que no se pueda poner en duda la identidad de la persona que compareció como vendedor en la escritura discutida, de cuyo conocimiento, además, da fe el Notario:

Considerando que en el presente caso las facultades que competen al Agente auxiliar no se pueden discutir por ser de origen legal, estando sobradamente fundamentada la posición del ejecutor, así como los demás extremos, en el auto presidencial, sin que tampoco resulten de los documentos presentados circunstancias que obliguen a un mayor rigor en la calificación, según la doctrina establecida para la censura de las ejecuciones administrativas.

PRENDA SOBRE FINCAS.

(30 de julio de 1941.)

En el expediente iniciado en virtud de consulta formulada por el Registrador de la Propiedad de Almería sobre prenda agrícola sin desplazamiento:

Considerando que el Real decreto-ley de 22 de septiembre de 1917 reguló la prenda agrícola sin desplazamiento sobre el arbolado, los frutos pendientes, cosechas, máquinas, aperos, ganados y demás elementos de la industria agrícola y de las ganaderías, y aunque quitándole el nombre y todas las ficciones, sería una hipoteca mobiliaria, se esforzó en ellas para mantener aquel carácter prendario, pensamiento que domina en todo su articulado, estimando como bienes muebles, como independientes, aquellos que se han considerado siempre como inmuebles por su incorporación o adherencia a la tierra; desdenando la teoría que hace depender la distinción entre la prenda y la hipoteca, no del hecho de ser la garantía mueble o inmueble, sino del de quedar o no en poder del deudor, y estableciendo como supletorias las disposiciones sobre el contrato de prenda; todo ello en consonancia con la doctrina según la cual los bienes inmuebles son poco duraderos, pierden valor por el transcurso del tiempo, se transmiten—su posesión equivale al título—y desaparecen con gran facilidad y, por tanto, la

garantía ha de ser forzosamente menos eficaz y firme que la consistente en bienes inmuebles.

Considerando que ni la orden del Ministerio de Trabajo de 6 de septiembre de 1939, ni la ley de 5 de noviembre de 1940 introdujeron modificación alguna a lo anteriormente establecido, ni hacen la menor alusión a los bienes que han de ser objeto de la prenda, pues por la primera se impone a las Cajas de Ahorros la obligación de establecer el servicio de préstamos a la agricultura con la simple garantía de prenda sin desplazamiento, y la segunda, ratificando la anterior, la amplía en el sentido de que por las Cajas Generales de Ahorros se habilite la suma de 200 millones de pesetas, destinados a la concesión de préstamos agrícolas en las zonas afectadas por la guerra, a corto plazo y con un límite de 15.000 pesetas, con la garantía prendaria sin desplazamiento o con la personal solidaria de dos o más agricultores; de conformidad con los principios anteriormente aludidos.

Considerando que la orden del Ministerio de Trabajo de 21 de noviembre de 1940, haciendo uso de la autorización concedida por la referida ley de 5 del mismo mes y año, al dictar las normas complementarias para su ejecución dice, en el párrafo segundo de su artículo 7.º "que la prenda agrícola podrá consistir en fincas, productos agrícolas, caballerías de labor, aperos de labranza, maquinaria, etc.": no obstante declarar en el artículo 9.º que serán de aplicación el Real decreto-ley de 22 de septiembre de 1917 y la orden de 6 de enero de 1936, por la que se dispone que los préstamos *sobre productos agrícolas* podrían también efectuarse sin otras solemnidades que el contrato firmado por la persona o entidad prestamista y el prestatario, con las circunstancias exigidas para la escritura pública por el Real decreto-ley que estableció esta forma como necesaria.

Considerando que como, al admitirse la tierra, el fundo y los edificios urbanos como objeto de un contrato de prenda, quedarían tras trocados todos los conceptos, en contradicción no sólo con el Código civil y la ley Hipotecaria, sino con la propia legislación reguladora de la prenda agrícola sin desplazamiento, es necesario estimar que la orden de 21 de noviembre de 1940, al decir que podrá consistir en fincas, no refirió esta palabra a su sentido estricto, sino a aquellos elementos, como el arbolado, máquinas y demás de la industria agrícola y la ganadería, que en muchos casos representan el mayor valor de la finca estimada en su totalidad, interpretación robustecida por el párrafo primero de

dicho artículo 7.º, en el que, para la valoración con relación al préstamo, al hacer la enumeración enunciativa, que luego repite, con pequeñas variantes, el párrafo segundo, no habla de fincas, sino de *bienes*, y por el citado artículo 9.º de la propia orden, al decir que las Cajas de Ahorros prestamistas dejaran la prenda agrícola en poder de los prestatarios, constituyéndose éstos jurídicamente en depositarios de los expresados *bienes* para responder de la deuda contraída, siempre que los mismos sean necesarios para el cultivo.

Esta Dirección General ha acordado declarar, en resolución de la consulta formulada, que la prenda agrícola no puede consistir en fincas, como bienes inmuebles, por su naturaleza, dentro de los límites marcados.

G. CÁNOVAS Y COUTIÑO

Registrador de la Propiedad

V A R I A

VÁZQUEZ GUNDÍN (Eugenio): *Estudios prácticos de la nueva ley de Arrendos rústicos* (legislación ordenada y ampliamente comentada, con interesante y copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo y diversos formularios).—Madrid, Gráficas Voluntas, 1941.—311 páginas.

La ley de 28 de junio de 1940 inspira numerosos trabajos sobre los arrendamientos rústicos. Mencionamos, sólo a título de ejemplo, el estudio de Cuéllar: *Ordenación actual de los arrendamientos rústicos* (Sevilla, 1940), y el artículo de Ríos Mosquera (en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1940, págs. 399 y sigs.). Se hubiera agradecido al autor del libro presente una lista completa de la bibliografía correspondiente. Por lo demás, contiene el volumen los textos de las leyes de 15 de marzo de 1935 y de 28 de junio de 1940, los respectivos comentarios, el reglamento de 27 de abril de 1935, modelos oficiales e instrucciones prácticas.

El problema de las fuentes en la materia de arrendamientos rústicos es algo complicado. Desde luego sigue vigente el Código civil (artículos 1.542 y siguientes), así como la ley Hipotecaria (art. 2, número 5). Además, existe una legislación especial, que se encuentra en la ley de 28 de junio de 1940 (B. O. de 13 de julio), que declara restablecida (aunque con modificaciones) la ley de 15 de marzo de 1935. Todas las disposiciones posteriores a dicha ley de 15 de marzo de 1935 quedan derogadas en cuanto se opongan a la ley de 28 de junio de 1940 (véase art. 1.º de esta ley). En consecuencia, siguen en vigor el decreto de 27 de abril de 1935 (Gaceta de 30 de abril), que aprueba el reglamento provisional para la ejecución de la ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 (véase Suplemento 340 de la REVISTA

CRÍTICA), así como el decreto de 3 de marzo de 1936 (*Gaceta* de 5 de marzo) interpretando el concepto de "año agrícola" a los efectos del artículo 25 de la ley de 25 de marzo de 1935 (1). En cambio, ha de considerarse como derogada la ley de 2 de junio de 1936 (*Gaceta* de 4 de junio), que limita los motivos de desahucio al caso de falta de pago (art. 1.º), por hallarse en contradicción con el artículo 28 de la ley de 15 de marzo de 1935, y, por tanto, con la ley de 28 de junio de 1940, que mantiene la primera.

Otra cuestión importante es la de saber si los contratos de arrendamiento que no se atienen a la forma prescrita por la ley especial tienen o no tienen validez. Vázquez Gundín aborda este interesante problema en las páginas 59 a 64. Se debe distinguir: 1.º El arrendamiento de fincas rústicas según el Código civil: El arrendamiento, según el Código civil es válido cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado (art. 1.278). Deberán constar en documento público los arrendamientos por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero (art. 1.280, núm. 2.º); y en el Registro de la Propiedad, tratándose de bienes raíces (art. 1.549). También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas (art. 1.280, último párrafo). Pero tanto el otorgamiento de un documento público como el de un documento privado en los citados casos no es requisito de la validez del contrato, sino más bien obligación de ambos contratantes, nacida de un contrato ya válido; y eficaz por el mero hecho de producir la mencionada obligación (art. 1.279). En consecuencia, el Tribunal Supremo (sentencia de 11 de mayo de 1903) declara que es válido el arrendamiento por cantidad de 2.000 pesetas anuales, que estima perfeccionado el Tribunal por prueba testifical. 2.º El arrendamiento de fincas rústicas según la ley Hipotecaria: Para que pueda ser inscrito un arrendamiento rústico en el Registro de la Propiedad, es preciso que conste en documento público u otro documento equivalente en virtud del artículo 3.º de la ley Hipotecaria, además de los requisitos intrínsecos del artículo 2.º, número 5, de la ley Hipotecaria (2). La ley especial declara expresamente la compatibilidad

(1) Así parece, en efecto, la opinión de Vázquez Gundín (pág. 104).

(2) Véase, sobre esta cuestión, Enrique Giménez Arnau, *Tratado de Legislación Hipotecaria* (t. I, págs. 110 y sigs., Ediciones Españolas, Madrid, 1941), y Ramón María Roca Sastre, *Instituciones de Derecho Hipotecario* (t. I, pág. 280, Bosch, Barcelona, 1941).

del Registro de la Propiedad y del libro especial de arrendamientos (artículo 59). Los efectos distintos de ambas inscripciones estriban en lo siguiente: "Mientras en los arriendos inscritos en el Registro de la Propiedad conforme a la ley Hipotecaria el adquirente de la finca tiene que respetarlos hasta su extinción, sin excepción alguna, el arriendo inscrito sólo en el libro especial de arrendamientos puede ser rescindido en el caso excepcional del párrafo 2.º del artículo 27, o sea cuando el comprador adquiere la finca para cultivarla directamente por sí o por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos" (Dímas Camarero, en REVISTA CRÍTICA, 1935, págs. 476 y 477). 3.º El arrendamiento según la ley especial: La ley especial distingue la obligatoriedad de la *forma* y la de la *inscripción*. a) Todo contrato de arrendamiento de fincas rústicas, cualquiera que sea su cuantía, deberá extenderse por escrito (art. 5.º). Los contratos de arrendamiento de fincas rústicas cuya renta exceda de 5.000 pesetas anuales se formalizarán en escritura pública. Si la renta anual del arrendamiento no excediese de 5.000 pesetas, podrán extenderse los mencionados contratos en documento privado. Estos documentos deberán ser ratificados por los contratantes ante Notario o ante el Juez municipal del lugar donde radique la finca o tenga su residencia el arrendatario (art. 6.º). En vista de estos preceptos, cree Valverde que el contrato deja de ser consensual para ser formal (véase la nota bibliográfica en REVISTA CRÍTICA, 1935, página 476). b) Los contratos de arrendamiento de fincas rústicas han de inscribirse en un libro especial obligatoriamente. "Quedan exceptuados de la inscripción obligatoria los contratos en que la renta no exceda de 500 pesetas" (art. 65). Sin la inscripción "no podrán los contratantes utilizar los derechos y ejercitar las acciones que, respectivamente, se les reconoce en esta ley" (art. 6.º, párr. 6.º). Esta desventaja se refiere también a los contratos cuya renta no excede de 500 pesetas. A este efecto, declara el artículo 24 del reglamento que si las rentas no exceden de 500 pesetas, la inscripción será voluntaria, pero el arrendatario que no inscriba no podrá hacer valer sus derechos ni ejercitar las acciones que les competan respecto de personas que hayan inscrito los suyos en el de la Propiedad, ni el arrendador podrá ejercitar la acción de desahucio por las causas establecidas en la ley. En cambio, no se castiga la no inscripción o la inscripción tardía de los contratos cuando dicha inscripción es voluntaria, mientras que la inscripción tardía de los contratos cuya inscripción es forzosa se castiga con la supre-

sión de ciertas ventajas concedidas por el último párrafo del artículo 6.º de la ley especial. Así declara el artículo 26 del reglamento que los contratos cuya inscripción es obligatoria habrán de presentarse en el Registro en los treinta días hábiles siguientes a su otorgamiento, sancionándose la infracción de esto con la pérdida de la exención del impuesto de Derechos reales y de la bonificación en el del Timbre y en los honorarios. En consonancia con estas disposiciones legales, declara la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1940 (REVISTA CRÍTICA, 1940, pág. 232) que "para incluir un arriendo en la esfera protectora de la ley especial se requiere la concurrencia del requisito formal de la inscripción del mismo en el Registro de arrendamientos, obligatoria en unos casos y voluntaria en otros, en la forma y a los efectos que precisan los artículos 6.º y 65 de la ley, en relación con el 24 de su reglamento". De ahí resulta que un contrato oral o un contrato tácito y, por tanto, no inscrito, no disfruta de la protección de la ley especial. Sin embargo, nos quedan todavía dos cuestiones: 1.ª ¿Es el contrato nulo de modo que se puede considerar al arrendatario como a un precarista, o es válido y ha de aplicarse, por ende, el artículo 1.571 del Código civil? Sin desconocer la posibilidad de mantener la tesis de que la ley especial haya convertido el contrato consensual en un contrato formal, con la consecuencia de anular todos los contratos orales o tácitos—tesis defendida por el autor del libro que tenemos a la vista (l. c.)—, creemos más bien, en vista del artículo 1.278 del Código civil por un lado y de la finalidad de la ley especial, protectora de los arrendatarios, por el otro lado, que se conforma más con nuestra legislación la opinión según la cual los contratos orales y tácitos de arrendamiento son válidos y caen bajo el Código civil, sin que se aplique a ellos la ley especial, puesto que la nulidad del arriendo facultaría al cedente a reclamar su finca mediante la acción reivindicatoria en cualquier momento, mientras que el cesionario, según la tesis del Sr. Vázquez Gundín (pág. 60), ni siquiera podría repetir los pagos satisfechos (1). La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1939 se inclina hacia nuestra solución del problema. 2.ª ¿Aplicase a los contratos orales de arriendo el artículo 1.279 del Código civil, de suerte que los contratantes pueden compelerse mutuamente a verter el con-

(1) El mismo autor expresa su duda respecto a esta consecuencia, verdaderamente cruel para el cesionario. Sin embargo, hemos de aceptarla, si el cesionario pagó conociendo la nulidad del contrato (art. 1.895 del Código civil).

trato oral en escrito privado o documento público, según los casos, para proceder después a la inscripción del arriendo en el libro especial? Ni que decir tiene que esta cuestión se plantea sólo cuando se contesta la primera en el sentido en que nosotros la hemos contestado. Puesto que, siendo nulo el contrato, no puede discutirse la aplicabilidad del artículo 1.279 del Código civil. En cambio, aceptando la validez de los contratos orales, sigue forzosamente la aplicación del artículo 1.279 del Código civil. Sin embargo, es dudoso, si los contratantes pueden sólo obligarse mutuamente a que se establezca una forma prevista en el Código civil, o si además pueden obligarse mutuamente a que se establezca una forma prevista en la *Ley especial*. Para proteger al arrendatario, aceptamos la última alternativa. Bien es verdad que esta inscripción no producirá efectos frente a una enajenación anterior a ella. (Véase art. 27 de la *Ley especial*.)

El libro del Sr. Vázquez Gundín resuelve todos los problemas de esta intrincada materia, y es recomendable a los que trabajan sobre ella.

EL PAPEL DE LAS FICCIONES EN EL DERECHO.

Las ficciones desempeñan un importantísimo papel en nuestro pensamiento. Debemos este conocimiento a Hans Vaihinger y su *Filosofía del cómo sí* (1). Vaihinger formula por primera vez en la historia de la filosofía la cuestión siguiente: ¿Cómo es posible que lleguemos con ideas falsas a resultados acertados? Ya Vaihinger se fijó en el empleo abundante que la ciencia del Derecho hace de las ficciones (2). De su escuela salió el libro de Rolf Mallachow (3), que ensancha las referencias del maestro respecto al Derecho; y de su escuela emana también la obra de Walter Strauch (4), que concibe todo el Derecho como una ficción. No es extraño, pues, que la solución del problema se atisbe así-

(1) Hans Vaihinger: *Die Philosophie des Als Ob*, 4.^a ed. Leipzig; Meiner, 1920.

(2) L. c., págs. 46 y sigs.

(3) Rolf Mallachow: "Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre. Das "Als-ob" im Jus" (en *Bausteine zu einer Philosophie des Als-ob*, Band 3, München, Rösl-Verlag, 1922).

(4) Walter Strauch: "Die Philosophie des Als-ob und die hauptsächlichsten Probleme der Rechtswissenschaft" (en *Bausteine zu einer Philosophie des Als-ob*, Band 7, München, Rösl-Verlag, 1923).

mismo en un estudio relacionado con la escuela de Vaihinger, y cuyo autor es Hermann Triepel (1). En la lucha en torno de las ficciones jurídicas no falta tampoco la autorizada voz de Kelsen (2).

A

La discusión ha sido recientemente reanudada por Josef Esser (3). Su libro es objeto de un denso estudio del profesor Brandt en la revista *Deutsches Recht* (1941, págs. 1.379 y sigs.) (4). Su artículo se intitula: "Valor y desvalor de la ficción" ("Wert und Unwert der Fiktion"). Esser cree que la ficción no contiene una verdad jurídica especial, opuesta a la realidad, sino que expresa sencillamente la equivalencia jurídica de dos supuestos de hechos. En el curso de su obra distingue Esser varias formas de las ficciones jurídicas.

1) La ficción como medio de una referencia global: Esser nos cita como ejemplo el artículo 894 de la ley de Enjuiciamiento civil alemana, que establece que si la sentencia condena al deudor a hacer una declaración de voluntad, ésta se considera hecha así que la sentencia llega a ser firme. La ficción de la sentencia que condena al demandado a una declaración de voluntad como tal declaración tiende a hacer aplicables los múltiples conceptos del ordenamiento jurídico acerca de las declaraciones de voluntad a la mencionada sentencia. (V. art. 1.514, párrafo 2, L. E. civil española.)

2) La ficción como un medio técnico para disipar dudas: Esser invoca como ejemplo el artículo 2.306 del Código civil alemán. Esta disposición reza de la siguiente manera: "Si resulta gravado un heredero forzoso, instituido como heredero testamentario por el nombramiento de un heredero fideicomisario, de un albacea, por un plan de partición, por un legado o por una manda, la limitación o el gravamen se consideran como no ordenados, si la parte de la herencia que le corresponde con arreglo al testamento no excede de la mitad de lo que le co-

(1) Hermann Triepel: "Die zweite Schicht des Denkens" (en *Beihfte zu den Annalen der Philosophie und philosophischen Kritik*, Leipzig, Meiner, 1926).

(2) Kelsen: "Zur Theorie der juristischen Fiktionen" (en *Annalen der Philosophie*, 1. 1919, pág. 630).

(3) *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*. Frankfurt, Klostermann, 1940.

(4) Otra reseña bibliográfica del citado libro se encuentra en *Der Gerichtssaal*, tomo 115, 1941, págs. 374 y sigs. Su autor es Weigelin.

respondiese como herencia abintestato" (1). En este caso se finge una disposición testamentaria como no escrita, para que la legítima de un heredero forzoso quede indemne. (V. art. 792, Código civil español.)

3) Ficción, que contiene una referencia, como medio plástico de la exposición: Esser menciona como ejemplo de este tipo de ficción el artículo 1.978 del Código civil alemán, que ordena que, abierta la administración o el concurso de la herencia, deba considerarse el heredero responsable frente a los acreedores de ella por razón de su administración, como si hubiese actuado desde la aceptación de la herencia a modo de encargado de dichos acreedores. (V. art. 638, núm. 3, Código de Comercio español.)

4) La ficción en forma de presunción: El artículo 612 del Código civil alemán establece, por ejemplo, para el contrato de trabajo, que se presume concertado un salario, si tal convenio corresponde a las circunstancias del caso. (V. art. 1.711, párrafo 1, Código civil español.)

5) Ficción como medio para suspender solapadamente la aplicación de ciertas premisas mayores: Siguiendo a Ihering, distingue Esser la ficción histórica y la ficción dogmática, según aparezca en la historia práctica del Derecho o en la teoría jurídica.

a) Ficción histórica: Esser invoca, entre otros ejemplos, el de la transmisión fiduciaria de la propiedad. El Derecho alemán (art. 1.205 del Código civil alemán), así como el Derecho español (art. 1.863 del Código civil español), no admite sino la prenda con desplazamiento de la posesión. Para burlar este requisito se utiliza en Alemania con gran frecuencia la transmisión fiduciaria de la propiedad, sustituyendo la entrega real mediante la "ficta traditio" del "constitutum possessorium", es decir, mediante la estipulación, entre el nuevo propietario y el propietario cedente, de que este último continúa poseyendo la cosa como depositario. La jurisprudencia alemana admite este negocio por su necesidad económica (2):

b) Ficción dogmática: Se suele alegar como ejemplo el principio según el cual se considera al concebido como ya nacido para ciertos efectos.

(1) La razón de ser de esta disposición estriba en el precepto del Derecho alemán (art. 2.303, párr. 1.º, apart. 2.º, Código civil alemán), según el cual la legítima consiste en la mitad de lo que correspondería al heredero forzoso, si el *de cuius* hubiera muerto abintestato.

(2) Sobre el negocio fiduciario en el Derecho español, véase Blas Pérez González y José. Alguer, en sus comentarios a *Enneccerus-Nipperdey*, parte general tomo I, volumen 2, Barcelona, Bosch, 1935, págs. 89 y sigs.

tos (V. *Enneccerus-Nipperdey*, 1 c., ed. alemana de 1931, pág. 78, nota 7).

6) Ficciones retroactivas: El artículo 142 del Código civil alemán nos ofrece un buen ejemplo. Dispone que si se anula un negocio anulable, éste debe ser considerado como nulo desde un principio. (V. artículo 989 del Código civil español.)

B

Pero la importancia de las ficciones no nos aparece sólo en la literatura alemana. Dos recientes sentencias del Tribunal Supremo español dan también lugar a desarrollar este sugestivo tema. En la sentencia de 16 de mayo de 1941 se trata de una venta de vino. Al tiempo de la primera entrega, en el mes de abril de 1936, el vendedor notificó al comprador cierta deficiencia alcohólica en el vino suministrado, con promesa de compensarla. El comprador, no obstante la notificación, ni rehusó el recibo de la mercancía ni formuló protesta alguna. Según el Tribunal Supremo, declara el comprador así su conformidad tácita con la entrega, y el consiguiente cumplimiento de la obligación originaria, modificada en la forma expuesta por su asentimiento. La sentencia de 17 de mayo de 1941 casa la sentencia de instancia, porque esta última interpreta el desistimiento del demandante de exigir cierta bonificación durante ocho años como una renuncia de este su derecho. En ambos casos gira el problema, como se ve, en torno de la interpretación de una omisión como declaración de voluntad. La jurisprudencia (y así lo hizo, en efecto, la sentencia de instancia en el segundo de nuestros ejemplos) suele operar con el concepto de la presunción. Se presume que el que observa cierta conducta desea declarar lo que se le atribuye como declarado. Pero aunque no se puede negar que en algunos casos esta presunción acierta, pues nos encontramos con una auténtica declaración de voluntad, no se puede negar tampoco que normalmente la presunción se desvía de la realidad y que el Tribunal que la aplica lo sabe positivamente, puesto que resulta más que improbable que una persona consienta silenciosamente desventajas en la vida del negocio. Sin embargo, no pensamos por ello modificar el resultado, ya que la mencionada persona merece, por su indolencia, que se la considere como si hubiera hecho tal o cual declaración. Pero en este caso no empleamos una pre-

sunción, sino más bien una ficción. Uno de los autores más especializados en la materia de las declaraciones de voluntad, Alfred Manigk (1), distingue por estas razones con toda claridad la *auténtica declaración de voluntad*, que supone la voluntad de efectuar una determinada declaración, tácita o expresa, así como la conciencia de atraer sobre ella consecuencias jurídicas, de una *conducta cualquiera con la que la Ley enlaza consecuencias jurídicas, como si se tratase de una declaración de voluntad por razón de la indolencia culposa de su autor*.

C.

I. Antes de examinar de manera crítica el tema de la ficción, séanos permitida una breve advertencia etimológica (2). De la palabra griega *υποθεσις* (hipótesis) dimanán en lengua latina los siguientes términos: "sumptio" (afirmación); "principium" (base, punto de partida); "suppositio" (hipótesis); "conjectura" (hipótesis filológica); "praesumptio" (presunción), y "fictio" (ficción).

II. La clasificación de las ficciones de Esser no es satisfactoria. Se trata de una mera descripción sin criterio metodológico y, por ende, sin trascendencia jurídica. En realidad procede distinguir dos clases de ficciones: las ficciones tipificadoras y las ficciones equiparadoras.

1) Ficciones tipificadoras:

a) Descripción. Las ficciones tipificadoras establecen un caso normal como regla general, al que hay que ceñirse sin excepción alguna, desconociéndose así las características de los casos excepcionales.

b) Finalidad. La finalidad de esta aparente injusticia consiste en la economía de la reglamentación y en la previsibilidad de las soluciones, la cual aumenta la seguridad jurídica esencialmente.

c) Ejemplos (3):

aa) El artículo 320 del Código civil español dispone que la mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos. Esta reglamentación se basa sobre la observación, generalmente acertada, de que los menores de dicha edad resultan incapaces de administrar razonablemente sus

(1) *Das rechtswirksame Verhalten*. Berlín, De Gruyter, 1939, págs. 208 y sigs.

(2) V. *Vaihinger*, 1, c., pág. 256.

(3) Los ejemplos de Esser (A) bajo 4) y 5 a) encajan en la categoría de la ficción tipificadora.

asuntos y que los mayores de veintitrés años poseen la mencionada capacidad. De esta regla existen sólo escasas excepciones, y de la incapacidad de obrar de un menor de dieciocho años no existe ninguna. Ahora bien: el legislador sabe perfectamente que numerosos mayores de veintitrés años están menos capacitados que otros menores de dicha edad, y hasta menores de dieciocho años. Sin embargo, prefiere la violación de casos excepcionales mediante la regla típica a la admisión de un examen individual de cada caso por lo costoso, lo complicado y lo inseguro que este examen resultaría.

bb) El artículo 108 del Código civil español define a los hijos legítimos: los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges. El legislador sabe perfectamente que en numerosos casos los hijos nacidos en estas condiciones no son legítimos, aunque no exista la excepción legal del artículo 108, párrafo 2.º, del Código civil español. Sin embargo, impone el caso típico a los casos atípicos en provecho de la sencillez y seguridad de la reglamentación.

cc) La Ley sabe muy bien que las sentencias firmes se desvían en numerosos casos de la realidad. Sin embargo, las considera como verdaderas, a no ser que existan las difíciles condiciones de la revisión. (V. art. 1.251, párrafo 2.º, del Código civil español.)

dd) Véanse otros ejemplos en los artículos 999, párrafo 3.º, y 1.000, etc., del Código civil español.)

d) Las ficciones tipificadoras tienen gran semejanza con las presunciones. Dicho con más exactitud: las ficciones tipificadoras se desarrollan siempre a base de una presunción "juris tantum". Pero mientras que la presunción "juris tantum" (y sólo ella es una verdadera presunción) admite la prueba en contrario, la ficción se impone autoritariamente a la realidad, violándola, en parte, por motivos de conveniencia jurídica.

2) Ficciones equiparadoras:

a) Descripción: Las ficciones equiparadoras asimilan para ciertos o todos los efectos jurídicos dos casos, ontológicamente diferentes, sea que los coloquen en pie de igualdad, sea que asemejen un caso a otro.

b) Finalidad: Es un sacrificio hecho en honor de la brevedad. La ficción equiparadora ahorra la repetición de las consecuencias jurídicas enlazadas con un caso al hablar del segundo equiparado.

c) Ejemplos (1):

aa) Piénsese en el artículo 645, párrafos V y VI, del Código de Comercio español: "Si la muerte hubiere ocurrido en defensa del buque, el hombre de mar será considerado vivo, y se abonará a sus herederos, concluido el viaje, la totalidad de los salarios. En igual forma se considerará presente al hombre de mar apresado defendiendo el buque, para gozar de los mismos beneficios que los demás..." En este caso, la Ley no afirma que el hombre de mar muerto o apresado vive o se encuentra en el buque. La Ley equipara más bien la muerte del hombre de mar, ocurrida en determinadas circunstancias, a su vida en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas (2). La razón de la equiparación reside en motivos de justicia.

bb) Un ejemplo célebre nos ofrece el artículo 29 del Código civil español: El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca en las condiciones que expresa el artículo 30.

cc) En la teoría jurídica se emplean también ficciones equiparadoras. Así, equipara, por ejemplo, la tesis del contrato social el origen probablemente no contractual del Estado en la Historia al origen contractual. Rousseau dice (3): "El hombre ha nacido libre, y, no obstante, está encadenado. Se cree señor de los demás seres, sin dejar de ser tan esclavo como ellos. ¿Cómo se ha realizado este cambio? Lo ignoro. ¿Cómo puede legitimarse? Creo poder resolver esta cuestión."

dd) El Derecho inglés (4) equipara a los delitos que se dirigen verdaderamente contra la persona del rey los delitos que no poseen tal tendencia: todos los delitos se consideran, por ende, como dirigidos contra el rey. Así se explica tanto el derecho del rey a perseguir todos los delitos como su derecho a perdonarlos.

3) Resumen comparativo de ambas clases de ficciones:

Las ficciones tipificadoras afirman realmente algo que se desvía de

(1) Los ejemplos de Esser (A) bajo 1, 2, 3, 5 b y 6 pertenecen a este grupo.

(2) La ley francesa del 13-XII-1926 expresa la misma idea en forma menos chocante. Véase su artículo 44, párrafo 4.º: "*Quel que soit le mode d'engagement, les salaires du marin tué en défendant la navire ou en accomplissant, pour la salut du navire, un acte de dévouement, sont dus en entier pour tout voyage si le navire arrive à bon port...*" En caso de una herencia yacente, el Derecho español considera vivo al difunto (S. 5-VI-1861, Res. 7-VIII-1893.)

(3) Contrato social, I, 1.

(4) Blackstone: *Commentaries on the laws of England* (ed. 15.ª publicada por Edward Christian, Londres, Strahan, 1809, t. I, pág. 268; t. IV, pág. 2).

la verdad, aunque sólo en parte. Se podría encontrárselas semejanza con ciertos valores matemáticos de aproximación. Piénsese, por ejemplo, en que $\pi = 3,141$. Pero este resultado, que expresa sólo con inexactitud el valor de π , se asemeja más bien a una presunción, ya que en cada caso concreto se podría precisar el valor de este número hasta el grado deseado de exactitud. La ficción tipificadora, en cambio, se impone a los casos atípicos autoritariamente.

La ficción equiparadora no contiene, al contrario, ninguna afirmación. Se trata en ella de un juicio de valor; la ficción equiparadora contesta a la siguiente pregunta: ¿merece este supuesto de hechos el mismo tratamiento jurídico que este otro? El enlace de las mismas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hechos diferentes no es más extraño que el hecho de que el mismo efecto puede tener dos causas completamente diferentes (1). Tanto el cáncer como un tiro de fusil producen la muerte. Desde este punto de vista ambas causas, aunque por lo demás "todo coelo" diferentes, son equivalentes. Por tanto, no es muy exacta la denominación, "ficción" para la ficción equiparadora, puesto que no se finge una realidad que no existe, sino que se valora la realidad existente.

Ambas ficciones están contenidas en los preceptos legales. Bien es verdad que no lo están muchas veces de manera expresa. Ninguna disposición dice, por ejemplo, que los menores de veintitrés años no poseen la capacidad natural de administrar sus asuntos. Y el artículo 645, párrafo 5.º, del Código de Comercio, en lugar de formular "expressis verbis" la ficción equiparadora, podría decir con idéntica eficacia: "Si la muerte hubiera ocurrido en defensa del buque, se abonará a los herederos del hombre de mar la totalidad de los salarios." Sin embargo, el precepto legal no deja, por ello, de basarse sobre la ficción tipificadora o equiparadora.

III. Ya vimos en la introducción que las discusiones no giran sólo en torno del problema de las ficciones en el Derecho, sino también en torno del problema de si todo el Derecho es una ficción. Walter Strauch (l. c.), que es el propugnador de esta tesis, la apoya sobre dos razones, las cuales desgraciadamente mezcla con cierta confusión.

1) El Derecho consiste en un conjunto de normas. Todas las normas (éticas, jurídicas, etc.) pretenden valer como si existiesen cual

(1) Este principio, muy discutible, es generalmente reconocido, y no forma en este lugar el objeto de nuestra crítica.

una cosa real. He aquí la razón de la naturaleza ficticia del Derecho. Contra esta teoría, ya indicada en la obra de Vaihinger, objetan los neokantianos Stammler, Kelsen y Somló que el mundo del ser y el mundo del *deber ser* no pueden entrar jamás en conflicto, por ser esencialmente dispares.

La norma: "no debes matar" posee una existencia real (en contra de Strauch), aunque esta existencia no tenga la misma forma de apariencia que la de un objeto corpóreo. La mencionada norma exige algo que no existe para que exista: se pone en conflicto con la realidad (en contra de Stammler, Kelsen y Somló). Sin embargo, no conviene por ello atribuirle carácter ficticio (en contra de Strauch). La auténtica ficción se refiere a juicios acerca de la realidad, aspirando a la concordancia con ella, o sea a la verdad. En estos juicios aparece la ficción como una nota discordante, desviándose de la meta de todos los juicios normales: de la aspiración hacia la verdad. Las normas se alejan, en cambio, esencialmente de la verdad; y, aunque quieren amoldar la realidad a sus pretensiones, llevan siempre en sí mismas esta oposición al mundo real. Mientras que, por tanto, la ficción aparece en los juicios como un fenómeno excepcional y contrario a su finalidad, la "ficción" en las normas constituye su nota característica. El término "norma" contiene ya la naturaleza "ficticia" con mucha más precisión que la voz "ficción", que sólo da lugar a una confusión entre "juicios acerca de la realidad" y "exigencias encaminadas a cambiarla".

2) En otras partes de su libro, Strauch se apoya sobre la naturaleza ficticia de la aplicación de las normas jurídicas. La aplicación de un tipo legal cualquiera a la realidad, heterogénea con éste, contiene, en su entender, un elemento ficticio. La Ley habla de "hombres", de "matar" y de "dolo". Nosotros subsumimos bajo estos términos la realidad concreta. Pero ¿qué tiene que ver un hombre vivo y su actividad con las mencionadas voces legales?

D

Esta cuestión nos conduce a la solución del problema de las ficciones en general, el que, por pertenecer a la filosofía y por referirse sobre todo a las ficciones no jurídicas, trasciende a nuestro empeño. Sin embargo, hemos de hacer dos observaciones:

El pensamiento humano edifica con elementos reales segundas y terceras "capas del pensamiento" (1), que simplifican la realidad para hacer posibles cálculos sencillos. Después de haber llegado a ciertos resultados, se retransportan éstos a la realidad, lo que da lugar a determinadas modificaciones. Todos nuestros conceptos pertenecen a esta segunda capa del pensamiento. Ellos dimanar de la realidad; y la subsumción de los casos concretos bajo las normas legales plantea el problema de su readaptación a esta realidad, puerto de salida y de entrada de todo nuestro pensamiento. De allí se deduce que, si bien en la elaboración de la segunda capa del pensamiento se infiltran ficciones, no se debe atribuir carácter ficticio a la readaptación de los resultados de la segunda capa a la realidad. Este proceso sirve más bien para corregir el carácter ficticio de nuestro pensamiento. Por tanto, rechazamos definitivamente la afirmación de Strauch de que el Derecho constituye una ficción.

Finalmente, ponemos de relieve que la teoría de las diferentes capas del pensamiento destruye el carácter paradójico de la cuestión de Vaihinger: ¿cómo es posible que lleguemos con afirmaciones falsas a resultados acertados? No se suele tratar (perscindiendo de algunos ejemplos de Vaihinger, que forman un problema aparte) de afirmaciones que falsean la realidad, sino de afirmaciones que la simplifican. No se trata de una oposición definitiva; sino de un alejamiento provisional. No se trata de ficciones, sino de métodos.

HARALD G. HAUPT: "Massnahmen des amerikanischen Gesetzes für soziale Sicherheit (Social Security Act) mit sozialversicherungsartigem Charakter (Medidas de la Ley americana sobre seguridad social, (Social Security Act) que poseen carácter de seguro social)", en *Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig*. Heft 45. Weimar, Verlag Hermann Böhlaus Nachfolger, 1941.—116 páginas.

Al crearse, durante el primer período presidencial de F. D. Roosevelt, en el año 1935 las bases legales para un vasto sistema de previsión y de seguro social para los Estados Unidos, consideraban muchos observadores europeos este fenómeno como la imitación retrasada de los

(1) Véase Trierpel, l. c.

modelos europeos. El autor juzga esta concepción errónea. Para defender su propia tesis no expone sencillamente las disposiciones del "Social Security Act", sino esboza asimismo los hechos sociológicos subyacentes a aquéllas. Haupt trata al principio de la situación social antes de la vigencia del "Social Security Act". Luego aborda la misma Ley, tanto el papel que desempeña en la vida económica y política de los Estados Unidos como su contenido. La tercera sección se ocupa del seguro contra la vejez, mientras que la cuarta habla de la indemnización debida a los obreros parados. La última sección, finalmente, nos brinda una crítica de la Ley, y nos describe las proposiciones de reforma.

El libro que tenemos a la vista constituye una valiosa aportación al Derecho laboral comparado. Se apoya sobre una abundante bibliografía y nos ofrece una descripción, breve y exacta a la vez, de una de las cuestiones sociales más importantes.

Proyecto del Código civil de Hungría de 1928. Traducción oficial publicada por el Ministerio de Justicia de Hungría.—De Gruyter, 1940.—678 páginas.

El proyecto del Código civil de Hungría fué publicado ya en el año 1928. Pero la traducción alemana no se dió a luz sino en el año pasado. Así se explica tanto la vida oculta de dicho proyecto hasta 1940, como el súbito interés que de repente recae sobre él. Mencionamos, entre otras recensiones, las de Hedemann, en *Deutsche Justiz* (1940, págs. 1.139 y sigs.) y de Domke, en *Deutsches Recht* (1940, pág. 625). En lo siguiente nos apoyaremos sobre la última.

El Derecho privado húngaro es Derecho consuetudinario, que de vez en cuando tiende impetuosamente a la codificación. El primer intento es constituido por el "Decretum Maius" del rey Matías del año 1486. El trabajo privado de Stefan Werbözy del año 1514 ("Opus Tripartitum iuris consuetudinarii incltyti regis Hungariae"; abreviación: "Tripartitum") tenía hasta 1848 casi fuerza legal, de guisa que un sabio húngaro podía denominarlo sencillamente "Código" (véase Coloman v. Szakats, en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1936, pág. 492). Tampoco cesaba nunca el trabajo codificador en sentido propio. Piénsese en el "Planum Tabulare" de 1769, el "Projectum legum civilium" de 1795, la "Opinio" de 1827 y la colección de ciertas reglas establecidas por la conferencia "Judex" en

1861. En 1849 se impuso la introducción del Código civil austriaco. El primer proyecto oficial se presentó en el año 1900; los proyectos siguientes, en los años 1913, 1914 y 1915, respectivamente. En 1928 se publicó el quinto proyecto, que es el que tenemos a la vista.

El proyecto ha bebido en las fuentes del Código civil alemán y suizo. Sobre todo intenta encontrar una redacción popular, inspirándose en el ya citado Cuerpo legal helvético. Su estructura es la siguiente: Después de siete artículos introductorios, que también contienen cláusulas generales (§ 2: principio de la buena fe; § 4: resoluciones equitativas), aparece, como parte primera el Derecho de personas y familia. Su primer título se denomina: "Personas", cuya primera sección se intitula: "El hombre". Luego sigue un subtítulo: "1.º Capacidad jurídica y capacidad de obrar". La segunda sección trata de las personas jurídicas, de suerte que tanto en la construcción como en el contenido, el proyecto va concorde con el Código civil alemán. Pero en lo siguiente nos encontramos con una diferencia fundamental. El Derecho matrimonial constituye el segundo título. El proyecto hace referencia a una ley especial sobre los esponsales de futuros, la celebración del matrimonio y su disolución. Por lo demás, reglamenta los efectos del matrimonio y su régimen patrimonial. La segunda parte del proyecto abarca el Derecho de cosas (contenido en el tercer libro del Código civil alemán); la tercera parte, el Derecho de las obligaciones (correspondiente al segundo libro del Código civil alemán); la cuarta parte, el Derecho de sucesión (correspondiente al quinto libro del Código civil alemán). El proyecto desconoce una parte general. Se trata, en lo esencial, de una codificación del Derecho privado actual de Hungría. Algunas disposiciones, sin embargo, se adelantan. Mencionamos, entre otras cosas, la supresión de los residuos del antiguo Derecho feudal, el robustecimiento de los derechos de la madre legítima frente a los hijos, la introducción de nuevos plazos de anulación y de prescripción, la nueva reglamentación de la rendición de cuentas por el administrador de una herencia, la ampliación del Derecho hereditario del hijo legitimado.

Otras innovaciones son la creación del Derecho de alimentos de la nuera y del hijo ilegítimo contra los padres de su padre, así como la reglamentación del Derecho de compraventa y del negocio fiduciario. El proyecto no llegó a ser ley, y tampoco cobrará en el porvenir forma legal, puesto que el espíritu ha cambiado esencialmente desde 1928.

hasta hoy. Su destino actual puede condensarse en las siguientes palabras del Ministro húngaro de Justicia: "El proyecto se encuentra actualmente en las manos de los Jueces, que deben resolver, inspirándose en la práctica, lo que perdura las transformaciones de los tiempos."

FRANCESCO M. DE ROBERTIS: *Il Diritto associativo romano*.—Bari, 1938, XVI.

El autor estudia desde los colegios de la República a las corporaciones del Bajo Imperio, con una erudición que se halla a la altura de su imparcialidad, y apunta como resultados: 1.º Encontramos en Roma desde los primeros tiempos asociaciones profesionales, voluptuarias (de entretenimiento), religiosas, funerarias y políticas. 2.º La nomenclatura es variadísima, enumerando Waltzing 45 vocablos: amicitia, classis, commune, factio, grex..., sodalicium, thiasus..., y frecuentísimas las expresiones *collegium* y *corpus*, que parecen agotar la enumeración. 3.º En la referencia que hace Gayo a un texto de las XII Tablas, aparece que los *sodales* (colegiados) podían darse el estatuto que les placiera, siempre que no fuera contrario a las leyes del Estado. 4.º Un Senado-consulta del año 186 a. C. decretó la abolición de las escandalosas reuniones de los devotos de Baco y disolvió las asociaciones correspondientes. 5.º Para evitar la corrupción electoral (compras de votos, violencias, represalias) o poner freno a las asociaciones profesionales y religiosas que amenazaban el orden público, se adoptaron diversas medidas en el siglo anterior a la Era Cristiana. 6.º La política imperial, en un principio severa e intervencionista, va admitiendo poco a poco diversas categorías de asociaciones, y desde la ley Iulia, que exigió una autorización, sólo concedida por razones de interés público, las inscripciones de los tres primeros siglos nos dan noticia de cuatro colegios en Roma y ocho en Italia. 7.º La derogación parcial más importante de la citada ley de Augusto fué debida al Senado-consulta, que a mediados del primer siglo permitió los colegios de pobres (*collegia tenuiorum*) o humildes, bajo cuya denominación se amparan las asociaciones funerarias, *religionis causa*, que no eran ni poderosas ni turbulentas. 8.º Los sodalicios religiosos, distintos de los colegios oficiales (Augures, Pontífices...), eran asociaciones privadas que se consagraban a honrar una divinidad (Hércules, Silvano, Baco, Isis, Mitra, Cibeles).

y tenían mucha mayor importancia que las de artesanos y de entretenimiento (convites y fiestas).

En el erudito capítulo dedicado a las comunidades cristianas anteriores a Constantino, el autor pasa revista a las hipótesis ideadas para colmar la laguna histórica (asociaciones funerarias, *piae causa*, posesión por personas interpuestas, sociedades *camufladas*), y llega a las siguientes conclusiones: a) El concepto que la Iglesia tenía de sí misma, cuando era perseguida, desconocida o tan sólo tolerada, era diferente del que el Estado se formaba de ella. b) Los cristianos aparecen divididos en pequeñas comunidades, bien porque los antiguos inmigrantes que adoraban a una divinidad procedían de una misma región, bien por la semejanza de los oficios desempeñados en Roma por los asociados, bien porque los hebreos tenían allí trece sinagogas y es innegable la confusión inicial, bien porque existiesen distintos lugares de reunión, bien por la diversidad de las prácticas religiosas primitivas, que el mismo San Pablo pone de relieve. c) Una vez separados los cristianos de los judíos, formaron en los tiempos de bonanza *collegia tenuiorum*, con fines culturales más que funerarios, y Tertuliano, en su día, podrá decir: "*Corpus sumus de constientia religionis*". d) En los edictos de persecución de Valeriano y Diocleciano se prohíben las asociaciones cristianas y las iglesias; prueba de que venían reputándose lícitas; y lo mismo Galieno que Maximino, al revocar las disposiciones de sus antecesores, ordenan la restitución de los bienes confiscados. e) El edicto de Constantino y Licinio (313) se refiere a la Iglesia universal y a las asociaciones (*corpori et conventiculis*). f) Las designaciones, en verdad, han variado: *ecclesia fratrum*, *fratres*, *fraternitas*, *sodales fratres*, etc.

En fin, los colegios profesionales encargados de un servicio público (*corpora*) van multiplicándose, favorecidos por el Estado, en los tres primeros siglos de la Era Cristiana, y en el siglo IV fueron transformados en cuerpos oficiales para contener la descomposición del Imperio y soportar el peso de los impuestos. Las asociaciones son ya obligatorias y hereditarias, y cada componente quedaba para siempre consagrado al colegio con su patrimonio y familia: panaderos, proveedores, cocedores de cal, transportistas, constructores, navieros, agricultores.... forman a la fuerza en los cuadros corporativos; en el siglo VI la estratificación es completa y rígida.

CARLO ESPOSITO: *La conoscenza della Legge nel Diritto e nella morale.* (El conocimiento de la Ley en el Derecho y en la moral.)

Se trata de una comunicación leída al Congreso nacional de Filosofía, celebrado en Padua (1934), que plantea el célebre problema que nosotros llamamos de la ignorancia de la Ley, en otros tiempos discutido, sobre todo por los teólogos, después especialmente por los juristas y últimamente en las monografías de Binding, Beck, Weiz, Hippel, Dohna, Weinberger, Sauer, Levi, Frosali... (y los españoles Costa, Dorado Montero, etc.).

Antes se distinguía entre ignorancia del Derecho divino, natural y humano; entre principios generalísimos y menos generales de la ética; entre ignorancia vencible e invencible, supina, crasa y afectada; entre disposiciones sancionadas con pena correccional o vindicativa..., y sobre estas distinciones se centraba la solución.

Hoy más bien se distingue la ignorancia de las leyes que disciplinan el comportamiento, de la ignorancia de las leyes que cualifican las circunstancias, los elementos y los presupuestos de la conducta; o entre leyes penales o no; o entre la ignorancia de que el acto se halla sancionado o de que sea ilegal, inmoral, dañoso o antisocial; aunque la incógnita no se refiere al problema de la vida espiritual (el conocimiento de lo justo y de lo injusto, ¿es un presupuesto de la justicia o de la injusticia de nuestras acciones?), sino que se busca la construcción dogmática del tratamiento en el Derecho positivo.

Con valiosos precedentes romanos, el principio de que la ignorancia no excusa ha pasado a muchos ordenamientos (v. el art. 2.º de nuestro Código civil), pero hoy no se aplica a la letra, y más bien se subordina al espíritu y motivación de la ley violada, ya para demostrar que falta alguno de los requisitos por la misma exigidos, ya para admitir los efectos de la ignorancia sobre los negocios jurídicos o sobre la existencia del delito (no hay hurto lo mismo si confundo mi sombrero con otro que si retengo como propia la cosa ajena por ignorar las reglas del caso).

Aun en el Derecho penal, donde el principio tiene su campo propio, se duda de si el error sobre las exclusiones de la antijuridicidad es o no excusable.

En la literatura moderna se hacen valer a favor de la excusa varios argumentos: quien no conoce la Ley no puede desobedecerla; si la Ley

trata de dirigir la voluntad, supone que el agente la conozca; si el entender y querer son las bases del obrar, el conocimiento concreto es requisito necesario, y, en fin, la responsabilidad deriva de la reprobación y ésta implica el desprecio de la regla conocida.

Frente a ellos se arguye: en el no saber hay negligencia; no puede admitirse la existencia de la ignorancia; es justo, y sobre todo necesario, el principio que rechaza la dispensa.

Como concepción intermedia se cita: la ignorancia del Derecho solamente excusa si se extiende a ignorar la inmoralidad, antisocialidad o posible daño de la conducta.

Los criterios puestos como base de la argumentación y corregidos o atenuados por sus defensores no responden a principios fundamentales, y en honor de la verdad, se atemperan a las exigencias de la realidad. De tales afirmaciones surge con energía la tesis de la *heteronomía del Derecho*. Con esta expresión, se significa que, sean cualesquiera los profundos orígenes del Derecho y su formación histórica, no procede conceptualmente del sujeto ni se halla implícito en el objeto, sino que es, en cierto modo, extrínseco a uno y otro. Quien obra no es necesario que lo conozca, ni debe dejarse influir positiva o negativamente por la regla para que el comportamiento sea conforme o *disforme*.

El Derecho puede, en algunos casos, condicionar su propia aplicación al conocimiento de su contenido por el agente, pero por sí mismo tal conocimiento no es necesario.

* * *

El problema de la ley moral ha de ser *impostado* de modo diferente. La *recta ratio, diffusa in omnes* de Lactancio, la *regula et mensura actum* de Santo Tomás, que mueve o impulsa; la luz del espíritu (*sol in anima*, según expresión de Alejandro de Hales), sea innata o escrita en el corazón de los hombres (San Agustín), por su misma esencia o naturaleza necesitaba ser conocida para ser violada.

La conducta *antinómica*, como la actuación *conforme* del que ignora la Ley, resulta indiferente desde el punto de vista moral.

Sin duda tienen alguna fuerza la consideración de que no hay actos indiferentes, aunque Santo Tomás los admite *respectu operantis*. Así como los precedentes de Platón, que al asimilar lo bueno a lo útil sostiene que sólo por ignorancia se obra mal; de Aristóteles, que

imputa la maldad doblemente al ignorante por obrar contra la Ley y desconocerla; de San Agustín, para el que la ignorancia es señal de negligencia y síntoma de pecado cometido; de Santo Tomás, que sólo concede la excusa cuando la ignorancia es invencible o no culpable..., y de otros autores modernos, que niegan con toda claridad que las normas éticas estén condicionadas por el conocimiento del agente.

En verdad, la doctrina racional aparece templada por variadísimos argumentos; pero, tanto por esta misma diversidad como por confundirse la ley ética, que recibe a veces sus alientos de la voluntad del legislador, con la ley moral, que adquiere su vigor en el alma del sometido, el autor entiende que se impone el principio cardinal: el bien y el mal son voluntarios, y decide la discusión a favor de la concepción autónoma de la moral.

LA REDACCIÓN.