

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVII

Julio de 1941

Núm. 158

Exposición y comentario del nuevo Código civil italiano ⁽¹⁾

A.—ORDEN DE LA EXPOSICIÓN.

En la exposición de la materia que va a ser objeto de esta conferencia seguiremos el orden siguiente: En primer término nos ocuparemos de la historia del nuevo Código con referencia al cuerpo legal que viene a sustituir. Después, como ante una pantalla cinematográfica, haré pasar ante vosotros las novedades que, a mi juicio, contienen cada uno de los tres libros publicados hasta el momento. Más tarde pasaré a entretenerme en referiros las directrices que presiden la distribución de los libros y los títulos del nuevo Código, con lo cual os formaréis una idea cabal, aunque un poco a vista de pájaro, de lo que es el Código italiano, procurando que este conocimiento, desde fuera, vaya seguido de la entrada en el edificio del mismo para ver el primor de su construcción, que es lo que representa la técnica que observa y los puntales de la obra, que no son otra cosa aquí que los principios inspiradores del nuevo Código. Creo que, después de coronada esta tarea, podréis daros cuenta de lo que es y representa la obra legislativa más fundamental de entre las elaboradas por el Estado fascista italiano.

(1) Conferencia pronunciada en el Instituto Italiano de Cultura, de Valladolid, en sesión del día 24 de mayo de 1941.

El buen criterio del lector referirá los guarismos, arábigos y romanos, citados entre parentesis, a los articulados de los tres libros.

B.—HISTORIA DEL NUEVO CÓDIGO.

I. Vejez del Código de 1865.—II. Autorizaciones legislativas.—III. Proyecto franco-italiano de las obligaciones.—IV. Sistema de comisión y parsimonia —V. Evolución general de la tarea codificadora.

I. Dice Emilio Albertario (*La riforma del Codice civile. Il libro primo*, Milán, 1939), que setenta años en la vida de un Código (y algunos más tenía el vigente en Italia) son mucho, y más todavía si se toma en consideración la manera en que fué elaborado el Código de 1865. Porque, antes de esa fecha, en Italia rigieron el Código de Napoleón, en virtud de las conquistas francesas; otros Códigos de Estados italianos, calcados en aquél, y el A. B. G. B. austriaco en la Lombardía y el Veneto. Sobre la base del Código albertino, y con el antecedente inmediato del proyecto Pisanelli, se promulga el Código de 1865, que, como dice Ferrara (*Trattato*), está hecho sobre la base del Code civil y está dominado por el mismo espíritu. Llena algunas lagunas, pero, en general, conserva la fisonomía del Code, y a veces su contenido no es más que reproducción de artículos de aquél, y en el mismo orden. Ya con esto se comprende que, si no hubiera otras razones técnicas, como la que apunta Pacchioni ("El libro de las obligaciones del nuevo Código italiano", en *Revista de Derecho Privado*, 1941), el Código inspirado, a través de Napoleón, en los escritos de Domat y Potthier, estaba en mora frente al progreso realizado en el mejor conocimiento del Derecho romano y los avances de la técnica del Derecho de obligaciones, habría la razón potísima de querer instaurar unas leyes fascistas que borrasen el sentido liberal de la Revolución francesa y colocaran al Estado en el puesto que tiene derecho a ocupar. La misma celebración del centenario del Code civil puso de relieve que, a pesar de los méritos de aquella vieja obra, orgullo de la escuela del Derecho natural, no había podido impedir que en la actualidad el régimen jurídico de la nación francesa fuese fundamentalmente consuetudinario.

La extensión en Italia del método alemán, introducido por Serafini y Schupfer, clamaba también contra los defectos del sistema legislativo civil.

II. Y así, olvidando precedentes anteriores, encontramos la ley de 30 de diciembre de 1923, que facultaba al Gobierno para publicar el Código civil, de Comercio, de Procedimiento civil y de Marina mer-

cante. Las necesidades dieron preferencia a otros cuerpos legales sobre el Código civil, y se vió la conveniencia de facultar a proceder a la reforma por parcelas; en consecuencia, la ley de 24 de diciembre de 1925 completó las atribuciones del Gobierno.

III. Se nombra una Comisión, que preside el insigne Scialoja hasta su muerte. Pero paralelamente a estos trabajos, también ese mismo romanista y civilista colaboraba en los anhelos manifestados por un grupo de juristas franceses e italianos de unificar el Derecho privado de las dos naciones, al menos en el tratado de obligaciones; la obra se llevó a feliz término, y supone una aportación muy notable a la ciencia civil, pero su publicación simultánea en París y Roma, bajo el título de *Proyecto francoitaliano de las Obligaciones*, supuso también su fracaso como ley. Los vaivenes políticos de los últimos quince años, con la consiguiente incógnita acerca de la postura de Italia en el orden europeo, no podía menos de influir en la obra codificadora, como ha influido la orientación definitiva marcada con la firma del pacto del Eje Roma-Berlín, en la elaboración de una ley civil de contenido típicamente fascista. El proyecto francoitaliano palidece y retrocede ante la nueva realidad, que marca otros rumbos.

IV. Se ha preferido el sistema de comisión al encargo a un hombre egregio (antecedentes de Huber, Bevilacqua), porque, como dice De Diego, la tarea de codificar "no puede ser fruto de la inspiración de un hombre, por avisado y luminoso que sea su numen". También se ha evitado una discusión parlamentaria por artículos, aunque, como veremos, el Parlamento ha sido oído. La reforma no es vertiginosa: se hace con pausa serena y con sucesivas decantaciones (Pérez Serrano, en *Revista de Derecho Privado*, 1940). Todavía en la ley de 30 de enero de 1941, que da valor jurídico a la Carta del Lavoro, se prevén nuevas autorizaciones de revisión ordenadora de la totalidad de los libros del Código.

V. El procedimiento seguido en los tres libros hasta ahora publicados se ajusta a la siguiente marcha: primero una Comisión redacta el proyecto preliminar, que eleva al Ministro Guardasellos, y éste lo remite a informe del Tribunal de casación, Consejo de Estado, Tribunales de apelación, Universidades y organismos forenses y corporativos. Una nueva Comisión de juristas, bajo la presidencia del Ministro de Justicia, elabora, teniendo en cuenta las anteriores aportaciones, el proyecto definitivo, que es examinado por una Comisión parlamentaria compuesta

por dieciocho Senadores y dieciocho Diputados, y después de esto el Ministro de Justicia redacta el texto que ha de ser sometido a la aprobación de la Corona. Han aparecido: el libro I, en 12 de diciembre de 1938; el libro de Sucesiones, en 26 de octubre de 1939, y el libro de la Propiedad, el 30 de enero de 1941. La *vacatio legis* se extendió en el libro I hasta 1 de julio de 1939; Sucesiones, hasta 21 de abril de 1940, y el de Propiedad entrará en vigor en 28 de octubre de 1941; es decir, que en todos los tres casos la vacación es superior a seis meses, sin llegar nunca al año. El sistema de publicación es el mismo que se empleó en 1865: además de inserción en el periódico oficial, exposición de un ejemplar impreso, durante un mes y por espacio de seis horas diarias, en cada uno de los Ayuntamientos del reino.

C.—NOVEDADES.

- I En el libro de personas y familia.—II En el libro de Sucesiones y Donaciones.—
III. En el libro de la propiedad.

Concluída esta parte, que podríamos llamar de historia externa del Código, veamos con mucha rapidez las novedades que, a mi juicio, contiene cada uno de los libros.

I. En el libro I, "de las personas y de la familia", observamos las siguientes:

Recoge (5) la doctrina sobre actos de disposición del propio cuerpo, salvo que representen una disminución permanente de la integridad física o cuando vayan contra la ley, el orden público o las buenas costumbres.

Contiene (7 y 8) disposiciones referentes a la tutela del nombre (acciones de reclamación y de prohibición de uso del nombre), del seudónimo (9), y en ciertos casos de prohibición de exhibición de la propia imagen, de la del cónyuge y de los hijos menores de edad (10).

Dedica un título especial (II) a las personas jurídicas, y entre las de carácter privado, después de dar reglas bastante completas, sólo reconoce dos tipos: las asociaciones y las fundaciones, y junto a ellas asociaciones no reconocidas de régimen parecido a las asociaciones y fundaciones, según la similitud con cada uno de estos tipos. También regula la responsabilidad de los miembros de Comités.

Nuestra ley de ausencia, más que inspirarse, como pretenden algunos, en la reglamentación alemana, que el pasado año sufrió un nuevo retoque, se inspira en el título IV, "de la ausencia", del Código italiano, ya que basta leer ambos textos legales para comprender que la primera expansión del Código que estudiamos, en el mundo, es esta penetración, que ya se ha producido en nuestro sistema civil.

Bajo la forma de pacto matrimonial aparece el patrimonio familiar (165 y sigs.), que pueden constituir los mismos esposos y un tercero. Tiene el carácter de inalienable e inembargable, y es indivisible hasta que el último de los hijos del matrimonio llega a la mayor edad. Se pretende por algunos que esta institución sustituye con ventaja al patrimonio dotal, porque en éste el vínculo de indisponibilidad cesa, con la devolución, al terminar el matrimonio, mientras que el patrimonio familiar del Código extiende esta afectación hasta que llegue a mayor edad el último de los hijos: en la dote se beneficia la mujer; en el patrimonio familiar se beneficia la familia. No es este patrimonio familiar idéntico al *Erbhof* alemán, ni al nuestro, como tampoco al *Homestead* norteamericano. Se parece, en cambio, algo a los *Heimstätte* o *asiles de famille* del Código suizo.

No por lo que acabamos de decir desaparece la dote, sino que sigue subsistiendo, y la novedad que trae es la desaparición del principio de que la dote había de constituirse antes del matrimonio: ahora puede hacerse antes y después (176).

En materia de filiación ilegítima contiene interesantes innovaciones, la primera de orden terminológico, cual es llamar a todos hijos naturales y distinguir entre los que pueden ser reconocidos y los que no pueden serlo (248 y sigs.). Y pueden serlo, además de aquellos que nosotros calificaríamos de naturales, los incestuosos cuando los padres al tiempo de la concepción ignorasen el vínculo entre ellos, los adulterinos por el padre no casado o por el casado cuando su matrimonio sea disuelto o declarado nulo, y no haya hijos legítimos y legitimados, y si los hay deben ser oídos antes del R. D. correspondiente, en el que ha de informar el Consejo de Estado.

Amplía los casos de investigación de la paternidad a estos cuatro: 1.º, cuando la madre y el presunto padre han convivido notoriamente como cónyuges en el tiempo a que se remonta la concepción; 2.º, cuando la paternidad resulta indirectamente de sentencia civil o penal o de inequívoca declaración escrita; 3.º, cuando se dé raptó o violencia carnal

al tiempo de la concepción, y 4.º, cuando exista posesión de estado de hijo natural (267).

En el tratado de tutela (tít. X) vemos al legislador inclinándose hacia el sistema de autoridad, instaurando Jueces populares. Desaparece la tutela testamentaria y la legítima, y desaparece el Consejo de familia.

Como institución que crea una relación cuasi tutelar, encontramos en el Código el prohijamiento (*affiliazione*), que también algunos llaman pequeña adopción. Puede hacerse incluso por quien tenga hijos, con tal que tenga capacidad para tutela y, si es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge. Objeto del prohijamiento son los hijos de padres desconocidos o naturales reconocidos por la madre que no pueda proveer a su crianza, los asilados o asistidos en un instituto de asistencia pública y los abandonados material o moralmente. Se requiere que haya estado tres años a cargo del prohijante; se extingue por el renacimiento de la patria potestad, y se revoca con mayor facilidad que la adopción (tít. XI).

II. Si pasamos ahora al libro de Sucesiones y Donaciones, las novedades no son tantas ni tan interesantes; no obstante, observamos:

La nueva reglamentación del beneficio de inventario (29 y sigs.), que se hace mediante declaración ante Notario o al Canciller de la Pretura e inscripción en el Registro de sucesiones. Se reglamenta precisamente la liquidación de deudas y legados, particularmente por el heredero, cuando así lo prefiere y no se oponen los acreedores; notarialmente, cuando lo inste el heredero o haya oposición de los acreedores.

La organización en las Cancillerías de las Preturas de un Registro de sucesiones, donde se inscriben las aceptaciones, renunciaciones, ejecutores testamentarios, etc. (29).

Son llamados en la sucesión legítima con los padres los hermanos germanos (117), y también como novedad encontramos (130) que el cónyuge de buena fe de un matrimonio putativo no pierde la cuota usufructuaria cuando el premuerto no estuviera casado.

El principio jurisprudencial de que nadie puede ir contra los propios actos es sancionado, negando acción de nulidad de testamento a quienes hayan consentido o comenzado a ejecutar sus disposiciones (136).

Se limita la cuantía de lo que pueden recibir por testamento los hijos naturales reconocibles y no reconocibles (138 y 139).

Admítese la posibilidad de instituir heredero o legatario a personas nacederas, siempre que sea a favor de los hijos que nazcan de determi-

nada persona (7). Se suprimen las sustituciones pupilar y cuasipupilar.

Finalmente, dentro de este libro podemos señalar que como elemento de la definición de las donaciones figura la nota del enriquecimiento del favorecido (316).

III. En el libro de la propiedad se plantea el sometimiento de los bienes a la disciplina del ordenamiento corporativo (2).

En los bienes muebles se distingue entre los inscritos en algún Registro público y los no inscritos (6), con importantes consecuencias en cuanto a adquisición de los mismos (344) y a la usucapión (348).

Se recoge en el articulado la requisa (26) por urgentes necesidades civiles o militares, y se extiende la expropiación de los casos clásicos (25) a los de falta de cultivo, de daño al decoro de la ciudad, a las exigencias del arte, de la historia y de la sanidad pública, previa siempre la indemnización que corresponda (29).

La propiedad no se extiende hasta el infinito en sentido vertical, porque no puede prohibir la obra ajena a tal altura o profundidad que carezca de interés un veto (31). Dentro de este mismo orden, se inclina por la teoría del uso normal en cuanto a inmisiones de gases, ruidos y vibraciones (35).

Reglamenta (41 y sigs.) los modos con que se puede plantear una recomposición de fincas que evite la excesiva parcelación y procure una explotación racional y económica. Probablemente copiado de las *Güterzusammenlegungen* del Código suizo.

Tiene un lugar adecuado (48 y sigs.) el principio general de la *bonifica integrale*, desarrollado en leyes complementarias, y, a su imitación, pueden establecerse consorcios con fines parecidos, como también para saneamientos (105) y para aprovechamiento de las aguas (111).

El concepto de superficie, que tradicionalmente se refería a lo edificado sobre, se extiende también a lo construido debajo del suelo (título III).

Las elucubraciones que hacía Ruggiero en su tratado y otros para tratar de extender el sentido de la utilidad del predio dominante en las servidumbres prediales, ya no son necesarias, porque la utilidad puede convertirse en la mayor comodidad o amenidad de la finca, o incluso servir para asegurar una utilidad futura (217 y 218).

La máxima que contenía el Code civil: "En fait des meubles possession vaut titre", que recogía el Código del 1865 y que se prestaba a tantas interpretaciones, ha sido traducida a correcto lenguaje jurídico,

expresando la función de publicidad que cumple la posesión de bienes muebles, excepto en los muebles registrados (344).

D.—PLAN DEL CÓDIGO.

- I. Número de artículos.—II. Títulos de cada libro.—III. Innovaciones menores.—IV. Número de libros.—V. Desaparición de la autonomía del Código de Comercio.—VI. El libro de la empresa y del trabajo.—VII. El libro de las obligaciones.—VIII. El libro de tutela de los derechos.—IX. Falta de parte general.—X. Valor jurídico de la Carta del Lavoro.—XI. Reviviscencia del plan de Gajo.

I. Si de esta visión, que he procurado tuviera el vértigo del cinematógrafo, pasamos a otro capítulo de los que dijimos iba a constar esta conferencia, o sea el plan del Código, procediendo de menor a mayor complicación, diremos que el libro I tiene 499 artículos; el de Sucesiones y Donaciones, 356, y el de Propiedad, 358; todos ellos están divididos en títulos, y éstos en capítulos. Los capítulos se dividen en secciones, y solamente la relativa a la dote se divide a su vez en párrafos.

II. Hagamos una enumeración de los títulos. El libro I contiene XIV, a saber: I. De las personas físicas; II. De las personas jurídicas; III. Del domicilio y de la residencia; IV. De la ausencia y de la declaración de muerte presunta; V. Del parentesco y de la afinidad; VI. Del matrimonio; VII. De la filiación; VIII. De la adopción; IX. De la patria potestad; X. De la tutela y de la emancipación; XI. De los menores confiados a la asistencia pública o privada y del prohijamiento; XII. De la locura, de la interdicción y de la inhabilitación; XIII. De los alimentos; XIV. Del estado civil.

El libro de las Sucesiones y Donaciones comprende cinco títulos: I. De las sucesiones por causa de muerte. Disposiciones generales; II. De la sucesión legítima; III. De la sucesión testamentaria; IV. De la partición; V. De las donaciones.

De nueve títulos se compone el libro de la Propiedad, que son: I. De los bienes; II. De la propiedad; III. De la superficie; IV. De la enfiteusis; V. Del usufructo, uso y habitación; VI. De las servidumbres prediales; VII. De la comunidad; VIII. De la posesión; IX. De la denuncia de obra nueva y del daño temido.

III. La anterior distribución de la materia contiene innovaciones

menores y mayores, aunque a decir verdad estas últimas derivan de su consideración conjunta con los otros libros que faltan.

Entre las novedades menores que observamos está el llevar el patrimonio familiar al dominio de los pactos matrimoniales, así como tratar éstos juntamente con el matrimonio, siguiendo en esto el sistema racional savigniano, que no separa más que, a efectos de rigorismo lógico, el derecho de familia puro del derecho de familia aplicado, o derecho económico matrimonial.

Las nociones de parentesco y afinidad, que antes se estudiaban como una incidencia de la sucesión legítima, son hoy agrupadas junto al núcleo de disposiciones del derecho de familia y precediendo a los alimentos, que es la colocación que preconiza Planiol. En este Código se agrupan las disposiciones sobre alimentos que, en el anterior, estaban desparrramados por distintos ámbitos.

En el libro de Sucesiones y Donaciones existe una a manera de parte general, adonde son llevadas las disposiciones comunes a la sucesión testada y a la ab intestato, excepto la partición que por razones obvias tiene sustantividad, y que se convierte en el Código en una verdadera liquidación casi concursal, del patrimonio del difunto. Junto a las sucesiones, por razones de técnica y por recuerdo del proyecto de Pisanelli de 1863, son colocadas las disposiciones relativas a las donaciones.

El libro de Propiedad es en realidad el libro de los Derechos reales, excepto los de prenda e hipoteca, cuya falta no encontramos razonada en parte alguna y cuya colocación ignoramos, aunque cabe en lo posible que vaya al libro de la tutela de los derechos, atendida su fusión con el régimen inmobiliario del Registro.

Acoge este libro la doctrina, técnicamente superior y ya consolidada, de las relaciones de vecindad (por desplazamiento de las servidumbres legales de idéntico contenido), y también se observa la neta separación de usucapión y prescripción como instituciones diversas, añadiéndose a esta novedad la de que a la usucapión se alude al hablar de los modos de adquirir la propiedad (112) y se reglamenta, incluyéndola en el título correspondiente a la posesión.

IV. Entre las novedades mayores indicamos que el Código, en su totalidad, se compondrá de seis libros, a saber: libro I. De las personas y de la familia; libro II. De las sucesiones y donaciones; libro III. De la propiedad; libro IV. De la empresa y del trabajo; libro V. De las obligaciones; y libro VI. De la tutela de los derechos.

La numeración es propia, pero se deduce fácilmente de la relación del ministro Grandi al proyecto de ley sobre valor jurídico de la Carta del Lavoro. Allí mismo se dan las designaciones que nosotros transmitimos.

V. Digamos algo acerca del contenido de los libros IV y V, tomándolo de la misma relación a que nos acabamos de referir.

En cuanto al libro de Obligaciones, desaparece la autonomía del Código de Comercio, porque el carácter profesional, que era una de las causas originarias del surgir del Derecho mercantil, no es ya característica de éste, puesto que el fascismo ha encuadrado totalitariamente en la organización corporativa la producción y la economía nacional. Los estados profesionales y la empresa constituyen el substratum no sólo de las instituciones que se llaman tradicionalmente mercantiles, sino también de instituciones propias de la economía agrícola que forman tradicionalmente parte del Derecho civil. Su disciplina no debe, consecuentemente, representar ya el ordenamiento especial de un sector de la economía, sino que deben constituir uno de los fundamentos de la nueva codificación, como disciplina general de la economía organizada.

VI. La unificación de la disciplina de la empresa trae consigo la de la disciplina general de las obligaciones, la cual, superando la distinción entre obligaciones civiles y obligaciones comerciales (viejo anhelo de Ferrara), subordina toda reglamentación particular a las exigencias superiores de la producción nacional. De la ordenación de la empresa es parte esencial la ordenación del trabajo, que viene reglamentado en el nuevo Código no como uno de tantos contratos especiales, sino como factor esencial de colaboración de la empresa económica, como se expresa en la declaración VII de la Carta del Lavoro.

El libro de la Empresa y del Trabajo es ciertamente una creación del orden corporativo, porque sujetos de derecho y de la economía organizada en plan corporativo son el empresario y sus colaboradores.

VII. En el libro de Obligaciones, que se pensó un momento fuera el mismo proyecto francoitaliano de Obligaciones, no desaparece el contrato, porque la autonomía de la voluntad enraíza en el principio fascista, señalado en la Carta, de la iniciativa privada como expresión de instrumento eficaz para los intereses de la Nación. Pero esta autonomía no puede diverger de los objetivos unitarios de la producción nacional y de la economía corporativa.

VIII. Sólo conjeturas cabe hacer acerca del libro de Tutela de los derechos; quizá contenga el tratado de los medios de prueba, de los

casos de autoayuda y de protección deferida por el Estado, de los Registros que se prevén en diferentes sitios, de la propiedad, de bienes muebles, de sucesiones, etc.

IX. Se observa que el Código va a carecer de Parte general, lo mismo que se la entienda a la manera de Savigny, contra la que se aduce el argumento de que, destilando conceptos generales, cada precepto de parte especial no es más que una parcela o miembro de frase que debe juntarse, para formar la oración completa; con otra norma de la parte general, que se la entienda en los términos más modestos de un título preliminar. Aparece expulsada del ámbito del Código Civil la doctrina de las fuentes del Derecho, porque no sólo influye sobre el Código Civil, sino sobre todas las leyes del Estado; por la misma razón, las disposiciones relativas a aplicación de las leyes en el espacio y en el tiempo se reúnen en las Disposiciones preliminares al Código Civil, pero que van fuera de éste, con articulado propio.

Pero junto a la tendencia adversa a la Parte general, que ha triunfado, apareció otra tendencia ("Sul Diritto delle persone e sul diritto di famiglia nel progetto di Codice Civile", en *Riv. Diritto Privato*, 1938), de la que da referencia D'Amelio, que parece también la propugna, y que consiste en afirmar que así como la relación de trabajo tiene su Carta del Lavoro, así el Código Civil debe tener su Carta del Código, con una serie de normas que dominasen todas sus disposiciones y aplicación. La Comisión parlamentaria presentó, al efecto, una relación en la que declara inútil buscar fórmulas genéricas; basta con ideas generales. En materia de Derecho objetivo no debe olvidarse a los entes corporativos. En la del Derecho subjetivo declara: a) Que el fin por que es reconocido es el interés de la Nación, que se realiza en el Estado fascista; b) La necesidad de que el fin nacional actúe en el ejercicio del Derecho, indicando las consecuencias de la omisión, del ejercicio contrario al fin y los poderes del Juez, que deben estar en ley sustantiva mejor que en una procesal; y c) Las condiciones y los modos de la tutela prestada por el Estado al Derecho subjetivo en función de su correspondencia al fin nacional. Esta Carta, no bien perfilada, iría *extra codicem*.

Precisamente por lo vago de la finalidad de esta Carta, que D'Amelio compara con la sinfonía preliminar de todas las partituras, el legislador ha preferido eludir un concepto tan vidrioso y volver a lo conocido, sancionando la terminación de una trayectoria que comenzó en la

publicación de la Carta del Lavoro en 21 de abril de 1927, verdadero acto fundamental del régimen. La Carta del Lavoro es desde el principio una realidad operante en la vida nacional; el valor jurídico de la Carta apareció desde el principio, porque muchas de sus declaraciones (organización sindical, contratos colectivos, etc.) eran ya leyes. Los contratos colectivos fueron concretando en datos reales los dichos de la Carta, y luego el Real Decreto de 6 de mayo de 1928 hizo obligatoria la inserción de estas cláusulas de aplicación de la Carta insertas en los contratos colectivos.

Sin embargo, no se logró nunca superar el abismo entre la imposibilidad formal de que fuera ley (no emanaba de órgano estatal) y la exigencia material que la convertía en ley. La jurisprudencia, primero, sacó de la Carta criterios interpretativos de las leyes de trabajo, y, después, hizo motivo de casación la violación de estas reglas, sacadas por vía interpretativa al aplicar la Carta.

Pero, como se ve, este resultado jurisprudencial se limitaba al campo del trabajo. Era preciso esperar que las declaraciones de la Carta se tradujeran en principios legislativos, lo cual se vió también que era necesario durante la misma redacción de aquélla, y se consagró en ley de 18 de diciembre de 1928; que dió amplia delegación al Gobierno para cumplir semejante tarea.

El espíritu de la Carta se transfunde en muchas disposiciones legislativas; pero faltaba su consagración totalitaria, que no podía ocurrir sino incorporándola a los Códigos. Por eso, aunque los trabajos codificadores empezaron antes de la publicación de la Carta, sólo valen como elementos de un alto valor técnico, a los cuales da nuevo sesgo el planteamiento de la Revolución fascista en el campo del Derecho.

X. La ley que da valor jurídico a la Carta del Lavoro, de 31 de enero de 1941, contiene dos disposiciones; la primera reza: "Las declaraciones de la Carta del Lavoro constituyen principios generales del ordenamiento jurídico del Estado." Y esto no es sólo un precepto dirigido al legislador y al juez; es algo más, puesto que es el refrendo de una obra ya cumplida o en vías de cumplirse. Es evidente la referencia al artículo 3.º de las disposiciones preliminares del Código sobre aplicación de las leyes, en que se habla de tales principios generales como fuente que colma eventuales lagunas. Así, la Carta del Lavoro, después de haber influido largamente en las leyes de carácter público, se vuelve a las de Derecho privado y las aproxima a aquéllas en una identidad de espíritu.

La segunda proposición es un corolario de la primera, porque en cuanto principios generales del ordenamiento jurídico del Estado, "dan el criterio directivo en la interpretación y en la aplicación de la ley".

La Carta del Lavoro no es una ley; es más que eso. No se puede, por tanto, pretender la derogación de leyes que matizan la redacción de instituciones aludidas por la Carta. Por otro lado, también hay declaraciones que no son susceptibles de directa aplicación legislativa, ya que esperan un desenvolvimiento legal. La Carta del Lavoro es una superley: inspiradora de las leyes presentes y futuras y guía segura en la interpretación y en la aplicación cotidiana de las leyes.

Por el momento va colocada al principio del libro de la Propiedad; pero como su espíritu influye en todo el Código, en la ordenación definitiva irá al principio de él y como premisa del mismo junto a las otras disposiciones preliminares.

XI. Observado el orden de los seis libros, se nota en seguida la reviviscencia íntegra del plan de Gayo: Personas, Cosas y Acciones, si bien la economía interior de estas tres partes tenga las modificaciones consiguientes, que recuerdan el sistema suizo, del que se sigue el orden de libros y la fusión de las obligaciones civiles y mercantiles.

E.—TÉCNICA.

I. Terminología.—II Rúbrica de cada artículo —III. Definiciones. IV. Escasez de referencias de unos artículos a otros —V. Principios fundamentales y remisión a leyes especiales —VI. Las acciones.

I. Desde un punto de vista técnico cabe hacer pocas observaciones. Se emplea un lenguaje correcto y asequible, pero del que no falta una terminología rigurosamente empleada, como son buenas muestras estos ejemplos: muebles y muebles registrados; disponible (como llama a la parte de libre disposición); hijos naturales reconocibles y no reconocibles, etc

II. A imitación del Código Civil suizo, cada artículo lleva una rúbrica que facilita la consulta; falta, sin embargo, una disposición que nos diga el valor de estas rúbricas, pues se puede optar por una de dos soluciones: equipararlas a las de títulos y capítulos o considerarlas formando parte del texto del artículo.

III. Se evitan en lo posible las definiciones; a veces se dan defini-

ciones que abandonan los moldes clásicos, como ocurre con el usufructo que da derecho al usufructuario a gozar de la cosa, respetando el destino económico (171). Muchas veces se procede incluyendo en la definición los caracteres dominantes, añadiendo después extensiones más o menos excepcionales, como ocurre con el concepto de testamento, con el de superficie, con la donación.

IV. Son pocas las referencias de unos artículos a otros, mérito del legislador e imposición del sistema de redacción seguido con el Código.

V. Exigencias de sistema llevan al Código los principios fundamentales de muchas instituciones para después remitirse, en cuanto al pormenor, a disposiciones especiales extravagantes, como se lee en materia de Registro civil (443) o en la de *Bonifica integrale* (49).

VI. Quizá donde se ve mejor el genio jurídico italiano y la condición de dignos sucesores de aquellos juristas que fueron los romanos es en materia de acciones. Dondequiera que asoman éstas se ve el cuidado que pone el legislador, que se extiende desde el nombre de la acción hasta la prescripción, pasando por la legitimación activa y pasiva y la fijación precisa del objeto perseguido por este medio procesal. Citemos, en prueba de esto, las acciones de tutela del nombre y la filiación legítima y natural reconocible de la propiedad, de las acciones posesorias o de la *petitio hereditatis*; en cualquiera de ellas resplandece el mismo rigor técnico jurídico en que son maestros los italianos.

F.—PRINCIPIOS INSPIRADORES.

I. Dificultades de su deducción.—II. Influencias.—III Incorporación de disposiciones extravagantes, de las conquistas de la doctrina y de la jurisprudencia.—IV. Realismo.—V. Adecuada reglamentación de materias relacionadas con inventos.—VI. Racismo.—VII. Máximo respeto de la personalidad humana.—VIII. Máximo refuerzo de la familia.—IX. Subordinación y coordinación del interés particular y público.—X. Injerencia del Derecho público en el privado.—XI. Tradición y Revolución. Retorno al Derecho romano.

I. Y ya hemos llegado a la última parte de esta conferencia, en la cual se pretende la exposición de los principios inspiradores del nuevo Código. Estos tienen que ser muy generales y muy subjetivos, pues no hemos tenido a la vista, para redactarlos, más que el texto legal y unos escasos materiales científicos. Para expresar con acierto el jugo de este

cuerpo legal será preciso esperar los trabajos de los grandes civilistas italianos y las monografías sobre cada institución en particular. Unese a esta dificultad la de ser el que esto habla profesional de un Derecho distinto y mediano conocedor del que el nuevo Código viene a sustituir. No obstante, nos atrevemos a formular estas conclusiones que resumen, a nuestro juicio, las directrices dominantes.

II. Influencian la nueva obra legislativa, en primer término, como no podía menos de ocurrir, la propia legislación italiana: el Código de 1865, porque aunque se trata en el que comentamos de una obra nueva, sin embargo, por el procedimiento seguido en la elaboración, no pierde del todo un carácter de obra revisada; la legislación italiana, en general, también tiene su parte en esta influencia, como lo demuestra lo ocurrido con la reglamentación del domicilio y residencia, que en el proyecto definitivo venía disciplinado unitariamente, hablando sólo de domicilio, y que en el libro que hoy es ley, merced a rectificaciones del ministro Solmi (*relazione al progetto*), se conserva en el sentido tradicional italiano de distinguir domicilio y residencia, porque en sentir de esa misma autoridad en su relación o exposición de motivos, esa reglamentación estaba tan enraizada en la legislación y tenía tan extensas manifestaciones, que lo contrario hubiera producido graves trastornos.

De entre los Códigos extranjeros es el suizo el que más notas comunes contiene con el nuevo italiano. Ya hemos encontrado la semejanza en el orden de los libros y la fusión de las obligaciones civiles y mercantiles; añadamos ahora que las rúbricas de los artículos también se encuentran en la obra de Eugen Huber y que el libro de la Propiedad recuerda en muchos momentos la reglamentación helvética.

III. El nuevo Código incorpora a su articulado, como no podía menos, disposiciones legales extravagantes al anterior, como las relativas a la abolición de la licencia marital (ley de 17 de julio de 1919), a la ausencia, si bien aquí se desarrollan más completamente los preceptos relativos a la misma, que estaban en germen en las disposiciones sobre desaparecidos por causa de guerra (Real Decreto de 15 de agosto de 1919) o de terremoto (Real Decreto de 17 de enero de 1919), a la adopción (Decreto-ley de 31 de julio de 1919), que era mirada con malos ojos por el anterior Código y a la *bonifica integrale*, entre otras disposiciones.

Lo propio cabe decir de la inserción de los avances doctrinales y

jurisprudenciales de la ciencia jurídica italiana, entre los cuales podemos referirnos a la tutela del nombre y de la imagen, a la disposición del propio cuerpo, a las relaciones de vecindad, a la doctrina del uso normal, a la naturaleza mueble de las energías, a la institución a favor de personas nacederas, a la explicación del concepto de utilidad del fundo dominante y de la función de publicidad en bienes muebles; en fin, a la convalidación de testamentos nulos por aplicación de la doctrina que nadie puede ir contra los propios actos.

IV. Otra nota muy acusada en el nuevo Código es su realismo. El legislador estudia la vida italiana y las condiciones en que se desenvuelve y, consiguientemente, traduce en normas adecuadas las necesidades sentidas de disciplinar aspectos de la vida que antes carecían de normas aplicables, o dictar normas distintas de las anteriores para conseguir esta adecuación a la realidad, que antes faltaba o no se conseguía plenamente. Así, viendo que en toda Italia pasaban de 200.000 los menores confiados a familias, agrarias principalmente, por la asistencia pública, adopta la original institución del prohijamiento, que da disciplina jurídica a una relación poco menos que de hecho, sólo matizada por prevenciones de carácter administrativo. La requisa por urgentes necesidades civiles o militares también puede colocarse en esta nota realista.

Lo propio cabe decir de las responsabilidades que se imponen a los miembros de Comités, que antes disfrutaban de un régimen anárquico (37). Observando que la inmensa parte de los matrimonios contráidos en Italia son canónicos, se esfuerza en reglamentar el civil de manera que la diferencia entre ambos no sea más que religiosa. Hasta la realidad, bien dolorosa, de las sacudidas sísmicas en el Sur de Italia merece por lo menos una alusión en materia de limitaciones a la propiedad derivadas de los Ayuntamientos (62).

V. Junto a este realismo, y participando de la misma naturaleza, encontramos en el Código recogidos los aspectos jurídicos que plantean los nuevos inventos y se reglamenta el testamento en aeronave (162); se prevé la validez de testamento cerrado o secreto escrito no autógrafamente, sino empleando algún medio mecánico (150); la servidumbre forzosa de paso de funiculares aéreos (246) y de colocación de electrodos (245) también tienen un puesto en él. En fin, muestra de esta incorporación de los modernos inventos encontramos en la extensión del concepto de superficie a las obras subterráneas (145) y la amplia concepción

de la utilidad de la finca dominante en las servidumbres rústicas (217 y 218).

VI. Apunta en el Código, en materia de matrimonio (89), de adopción (290) y prohijamiento (402), en la patria potestad del padre binubo no ario (340) y en una fórmula general de remisión a leyes especiales, el criterio racista. Mas, como decimos, sólo apunta; no tiene casi desarrollo, pues se prefiere dar la posibilidad de que se podrán establecer limitaciones a los derechos de las personas fundados en motivos de diversidad de raza (1). Y esta fórmula, un poco oportunista, merece la aprobación de Pérez Serrano (op. cit.).

VII. El Código, persigue, como dice D'Amelio (op. cit.), el máximo respeto de la personalidad humana, porque el fascismo, aunque busque el refuerzo del poder del Estado, no quiere empequeñecer ni envilecer al ciudadano, porque la personalidad del Estado no es más que la suma de todas las personalidades de los ciudadanos. El Estado fascista no es un fin en sí mismo, sino que sus poderes y atribuciones son destinados al máximo bienestar del ciudadano. El Estado contra el ciudadano, o viceversa, es absurdo en el fascismo. De aquí que el nuevo Código reglamente con especial cuidado todo lo relativo a las personas físicas y a las condiciones que les conciernen; de aquí también el aumento de derechos a la prole ilegítima y la cuidadosa disciplina de la adopción y del prohijamiento. De aquí, finalmente, las prevenciones racistas que pretenden elevar los derechos y consideración de la casi totalidad del pueblo italiano.

VIII. Máximo refuerzo de la familia, que es consecuencia y complemento de lo anterior, porque el legislador no puede desconocer que el matrimonio (y la familia) es, en boca de Cicerón, *principium urbis et quasi seminarium reipublicae*. Por eso el Código procura dar una base económica firme a la familia (Bo, "Sul progetto del III libro del Codice Civile", Milán, 1936) con las sustituciones fideicomisarias de primer grado (238), y sobre todo con el patrimonio familiar, del que Cicu (en *Riv. di Dir. Civile*, 1939) justifica la inclusión diciendo que la tutela, de fundamental interés social y estatal, de la familia, por sus altas finalidades, excedentes y superantes de los intereses individuales, ha sugerido al legislador fascista la introducción del nuevo instituto del patrimonio familiar, que obvia los peligros de la separación de bienes y mira a la protección y expansión de la familia. Y Solmi (*L'idea fascista nel nuovo Codice Civile*. Roma, 1940) agrega que, colocado en el centro

de la vida económica de la Nación, se presenta abierto a todas las posibilidades económicas, vastas o modestas, y puede resultar, por tanto, uno de los instrumentos más útiles para garantizar, del lado económico, la estabilidad y la continuidad de las familias.

También redundan en refuerzo de la familia la limitación de derechos concedidos a la prole ilegítima.

IX. El actual Derecho privado italiano ha asumido una fisonomía nueva, dice Mario de Simone ("Nuovi aspetti del Diritto privato nello Stato fascista", en *Archivio Giuridico*, 1941); porque hace *pendant* con el poder reforzado del Estado, la mixtura de elementos públicos en el Derecho privado. Este resulta más estatal, no en el sentido que sea el Estado su fuente, sino de que interesa más al Estado. Retrocede el carácter de normas declarativas o dispositivas para aumentar el número de las imperativas que hacen predominar una voluntad abstracta sobre la del individuo. El principio de subordinación del particular al Estado y de la coordinación de los intereses individuales y de los colectivos penetra en la norma privada, informándola, y en ella cercena el ilimitado arbitrio de la voluntad privada, lo controla y regula con normas inderogables, armónicas con el interés superior de la Nación. Aun dentro de la finalidad de refuerzo de la familia, que persigue el Estado fascista, sin embargo, no abandona absolutamente el interior de ésta, sino que en él penetran las nuevas ideas, que deben ser inculcadas en una educación presidida por los principios de la moral y del sentimiento nacionalfascista (145). El mismo sentido de subordinación y de coordinación del interés particular para con el público se observa en la adopción, y sobre todo en el prohijamiento, que está regulado pensando en aunar esfuerzos particulares y estatales para resolver el problema de los menores acogidos a la asistencia pública.

Es, sin embargo, en el campo de los Derechos reales donde se manifiesta con más abundancia esta nota de subordinación de los intereses particulares al interés público. En el sistema fascista, dice Carli (*La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939), la propiedad es reconocida como factor benéfico del desarrollo de la personalidad y de la libertad humana, pero sólo cuando realice los principios del corporativismo, tales como el deber del trabajo, la responsabilidad hacia el Estado, la solidaridad de los intereses de los productores, la convergencia de la producción hacia el bienestar y la potencia nacionales. Y Mossa (en el mismo sitio que el anterior) declara que bienes de utilidad social pueden

admitir una titularidad personal, pero no un ejercicio de orientación áspicamente personal.

En prueba de esta tendencia del libro de Propiedad, citamos lo siguiente: extensión de los supuestos de expropiación forzosa (29), requisa (26), subordinación de los bienes a las finalidades corporativas (2), recomposición de fincas (41 y sigs.), prohibición de parcelar excesivamente y disposiciones relativas a limitaciones derivadas de actividad legislativa edilicia.

X. Junto a esta subordinación del interés particular al público, observamos también en el Código una injerencia del Derecho público en el campo del privado que, según Ruggiero (*Relazione al progetto*), ocurre con un fin de interés general y no puede ser rechazada, como, por ejemplo, cuando ordena el cultivo de lo inculto. Muestras de esta última nota que vemos en el Código italiano las hay abundantes en todos los libros. En el primero encontramos una reglamentación de las personas jurídicas en que domina la intervención de la autoridad pública; lo propio ocurre con la tutela, pues el legislador se inclina por el sistema de autoridad, y los Jueces tutelares tienen atribuciones incluso sobre la inspección del ejercicio de la patria potestad y la actuación práctica del prohijamiento. En el de Sucesiones observamos la adopción del Registro de sucesiones, en el que se inscriben, bajo la dirección de la Cancillería de la Pretura, las aceptaciones y renunciaciones de herencia y del cargo de executor testamentario. La intervención de la autoridad pública se observa también en la moderna reglamentación del beneficio de inventario, bajo el control de un Notario y con una larga publicidad. En el de la Propiedad, las manifestaciones son más abundantes, y como no vamos a enumerarlas, sólo aludiremos a la *bonifica integrale* y a los múltiples consorcios, voluntarios o coactivos, que prevé el articulado del mismo.

XI. En fin, en la redacción del Código han presidido, según fórmula del Ministro Grandi, expresada en una conferencia y repetida en la relación al proyecto de ley que da valor jurídico a la Carta del Lavoro, los criterios de tradición y revolución. No ha tirado por la borda el legislador el caudal científico de fondo romano que inspiraba la doctrina italiana, pero tampoco se ha estancado en él, sino que inserta en el mismo los criterios revolucionarios del fascismo. El elemento tradicional se caracteriza incluso por un retorno al Derecho romano, lo que también es nota característica de este Código, como se observa

preferentemente en el libro de Sucesiones (aceptación de herencia, separación del patrimonio del causante y del del heredero, herencia yacente y *petitio hereditatis*); pero también se ve en la copropiedad y en la posesión.

G.—PALABRAS FINALES.

Y, para terminar, diremos con Pacchioni (op. cit.) que si el Código de Napoleón empapó su articulado en los ideales de la Revolución francesa, el italiano de 1942 resumirá los de la moderna Revolución fascista, y, añadimos nosotros, conseguirá una expansión en el mundo como la tuvo el Código francés.

IGNACIO SERRANO

Catedrático de Derecho civil.

Partición por Comisario ⁽¹⁾

(CONCLUSIÓN)

ABREVIATURAS.—R.=Resolución. G.=Gaceta. Alc.=Alcubilla. C. c.=Código civil.—S.=Sentencia. T. S.=Tribunal Supremo. R. de la P.=Registro de la Propiedad.

ARTICULO 1.057 DEL CODIGO CIVIL

d) Para establecer en la partición, sin necesidad de la aprobación de los herederos, ya la reducción de un legado, ya que ciertos bienes no tienen carácter colacionable o ya que determinados herederos o legatarios quedan sujetos al cumplimiento de determinadas cargas y obligaciones, en los tres casos conforme a lo ordenado en el testamento.

Los razonamientos para excluir en tales supuestos la necesidad de la aprobación de los herederos, son bien obvios; de una parte, y en el orden de los principios, porque exigir un pacto o contrato para perfeccionar todas las operaciones particionales en las que se contengan tales declaraciones, equivaldría a inutilizar o desvirtuar el art. 1.057, y aun en la mayoría de los supuestos el art. 1.056, contra el espíritu y la letra de tales disposiciones y contra el régimen tradicional de nuestra legislación. De otra parte, porque la íntima relación existente entre la colación de bienes y las operaciones particionales, demostrada no sólo por la estructura y contenido de las mismas, sino también por la agrupación de ambos conceptos bajo el mismo capítulo del C. c., de igual modo que el indiscutible carácter particional de la fijación de legítimas y reducción de legados sitúan las atribuciones de que se trata dentro de las del Comisario, y no permite requerir el consentimiento de los herederos sin acabar con la forma unilateral de las particiones de referen-

(1) Vid. número 146 de esta REVISTA.

cia, introduciendo en los instrumentos notariales correspondientes una serie de relaciones jurídicas y de supuestos extraños a las declaraciones de la persona a quien el testador ha confiado la misión de explicar, fijar y ejecutar su última voluntad. Y, en fin, la posibilidad de que a las adquisiciones hereditarias vayan unidas cargas y obligaciones de los herederos o legatarios, es tan natural y tan congruente con el mecanismo de la transmisión *mortis causa*, que la consignación de las mismas por el Comisario en la partición es el cumplimiento de la voluntad del causante, sin que valga objetar que nadie puede ser obligado por la declaración del Comisario, toda vez que el heredero o sus representantes pueden repudiar la herencia, y sólo por el vínculo de la *adictio* asumen las responsabilidades hereditarias (R. 9 marzo 1927, G. 6 mayo; Alc., pág. 951).

Practicada la partición por Comisario, y la viuda existiendo hijos menores y habiéndose adjudicado al cónyuge supérstite todo el caudal relicto para pago de sus aportaciones, no es necesario para inscribirlas autorización judicial, porque dicho acto no envuelve enajenación de bienes de menores (R. 22 julio 1912, G. 31 agosto; Alc., pág. 495).

Pago de deudas.—Como quiera que para que haya herencia es necesario (R. 11 septiembre 1907, G. 10 octubre; Alc., pág. 592) satisfacer previamente las obligaciones de la misma, ¿podrá el Comisario partidor formar por sí solo hijuela de deudas y adjudicar bienes *en pago o para pago de ellas*?

La solución a este problema es compleja, pues para ello se enlazan dos cuestiones, a saber: las facultades que el testador haya asignado al Comisario, con la distinta naturaleza jurídica de dichas adjudicaciones según se hagan *en pago o para pago de deudas*.

Si el testador ha autorizado expresamente al Comisario para proveer al pago de deudas de aquél, tendrá éste a dicho respecto las facultades que el primero le haya conferido. En este supuesto, si el causante dijere, verbigracia, que autoriza al Comisario *para pagar deudas* y gastos legítimos, puede válidamente el Comisario, sin necesitar el consentimiento expreso de los herederos, adjudicar al cónyuge supérstite bienes, aun los de la privativa pertenencia del causante, para pago de deudas de la testamentaria y gastos de partición (R. 11 septiembre 1907).

Una modalidad especial del caso en el cual el testador haya autorizado al Comisario para enajenar bienes, es aquel en que éste realice la enajenación por sí solo existiendo herederos forzosos, en cuyo caso

se entiende que el dominio pasa desde el testador al comprador; no se necesita la previa inscripción a favor del Comisario enajenante, pero sí acreditar el consentimiento de los herederos forzosos para dicha enajenación (R. 30 abril 1917, G. 18 junio; Alc., pág. 397). Es esto así por ser de aplicación a los Comisarios testamentarios, dada la analogía de este cargo con el de Albacea, lo dispuesto para éstos en el párrafo 7.º del art. 20 de la Ley Hipotecaria, que contiene la excepción primera al principio general de la previa inscripción, consagrado en el párrafo 1.º de dicho artículo, analogía que tanto el T. S. (Sentencias de 24 febrero 1905, 14 enero 1913, 22 febrero 1929, 16 octubre 1930, Alc., 1932, pág. 766, y 5 febrero 1908, G. 16 marzo 1909, Alc., página 300) como la Dirección General de los Registros (Rs. 12 julio 1917, G. 1 septiembre; Alc., pág. 384) han proclamado. más expresivamente la citada Sentencia de 5 febrero 1908, diciendo que el cargo de Contador Partidor no constituye función esencialmente diferente de la de los Albaceas, ni se distingue más que por la especialidad del trabajo que se le encomienda, como puede distinguirse entre los Albaceas mismos por las limitaciones con que unos u otros sean nombrados, así como, por la inversa, se les confiere a veces conjuntamente aquel encargo, sin que por ello se altere ni modifique el verdadero y único carácter que le presta la confianza del testador para el fin, más extenso o restricto, del cumplimiento de su voluntad, por lo cual son aplicables a los Contadores Partidores, como a los Albaceas, las mismas reglas de funcionamiento por su igual carácter y representación y por concurrir idéntica razón legal para su aplicación, máxime, como añade la indicada Sentencia de 22 febrero 1829, dada la omisión en el C. c. de normas que regulen la institución de los Contadores Partidores de bienes, no obstante su antigüedad y lo necesario de su existencia. Mas en el caso, distinto al que precede, de que el testador nada haya establecido sobre facultades del Comisario para atender al pago de deudas, entendemos se halla facultado para formar la hijuela de éstas, en razón, según dijimos, con la jurisprudencia, a que para que haya herencia que distribuir es necesario satisfacer previamente las obligaciones del causante.

Ahora bien: sobre el valor y eficacia jurídica de las adjudicaciones de bienes que a tal fin hiciese el Contador, es necesario distinguir entre las efectuadas a un heredero para pago de deudas, o a un extraño en pago de ellas.

En el primer caso, la adjudicación es acto particional que entra en

las facultades del Comisario, y, de consiguiente, válido e inscribible en el R. de la P., sin necesitar la aprobación de los herederos. En el caso de haberlos de menor edad, y aunque sea el adjudicatario uno de éstos, para pago inclusive de las aportaciones que al matrimonio hubiese hecho su padre o madre supérstite, tampoco es necesario que asista materialmente, para sancionar dicho acto particional, el defensor que, por incompatibilidad de intereses con aquél o ésta, se le hubiera nombrado judicialmente para que en su representación asista al inventario de los bienes de la herencia, conforme a lo prevenido en el art. 1.057 y jurisprudencia que a continuación se cita, ni porque la partición contenga la expresada adjudicación a un menor coheredero, para pago de deudas de la sucesión, es necesaria la aprobación judicial, pues, conforme a la doctrina que anteriormente expusimos, la partición así hecha por el Comisario no significa que la herencia haya sido aceptada por el menor o que el mismo resulte gravado sin haber prestado su representación el consentimiento (R. 6 marzo 1923, G. 5 abril; Alc., página 308).

Conviene saber, a los fines que examinamos, el valor que la jurisprudencia asigna a la admisión, en particiones formalizadas por Contador, de obligaciones meramente confesadas por el causante; ejemplo. la de la dote.

¿Puede el Comisario por sí solo consignar tal obligación en el pasivo inventario y adjudicar bienes para su pago, en particular habiendo menores de edad interesados en la partición? (R. 28 mayo 1924, G. 18 julio; Alc., pág. 916. R. 6 marzo 1923; Alc., pág. 308).

Sabemos que el Comisario ha de ser un cumplidor fiel de las disposiciones testamentarias, y si entre éstas encuentra una deuda u obligación confesada por el causante, en tanto que la función del Contador no es la del Juez, que con anterioridad declara la certeza o falsedad de una declaración contenida en testamento; forzoso le será atenerse a ella e incluirla en la partición como tal obligación a satisfacer, sin perjuicio del derecho de terceros interesados a impugnar la confesión de deuda hecha por el testador y de que los herederos forzosos que crean perjudicada por ello su cuota legitimaria tengan a salvo en principio los respectivos derechos. Nada puede influir en la anterior doctrina que haya interesado en la partición algún menor de edad o sujeto a tutela, pues, como más adelante se verá, en nada afecta al valor y eficacia jurídica de la partición por Comisario la concurrencia de

copartícipes, de menores o tutelados, salvando el requisito de la citación para el inventario, que establece el art. 1.057 del C. c.

Una limitación deberá establecerse a la facultad del Comisario para el caso de admitir y consignar por sí solo determinada obligación como propia del causante. Nos referimos en particular a aquellas que, como las meramente confesadas por éste, puedan parecer de dudosa legitimidad y aceptación; consiste dicha limitación en que el Comisario necesitará la conformidad de los herederos para alterar la aplicación de las normas contenidas en el C. c. para las liquidaciones de herencia, tales las de sus artículos 1.421 a 1.424 y 1.426; a tal tenor, y en el supuesto de admitir como crédito en contra de la sucesión una dote confesada, deberá asignarle para su pago el lugar que le corresponde, conforme al art. 1.344 de dicho texto legal y disposiciones de la ley Hipotecaria (R. 28 mayo 1924, G. 18 julio: Alc., pág. 916).

Del propio modo, tampoco puede el Contador por sí solo alterar las reglas establecidas en el C. c. para pago de las obligaciones de la sociedad conyugal, estableciendo, por ejemplo, que determinados débitos originados en gastos ordinarios de la familia hayan de pagarse con bienes parafernales antes que con los del marido, pues al proceder así el Contador infringe el orden que para satisfacer tal clase de obligaciones de la sociedad conyugal resulta establecido en los artículos 1.408, 1.422, 1.385, párrafo 2.º, y 1.362 del C. c. (R. 22 enero 1927. G. 1 mayo; Alc., pág. 925).

Grupo aparte habíamos formado con el caso en que el Contador Partidor adjudica bienes de la herencia *a un extraño a ella en pago de deudas*. Pues bien: rige en tal supuesto el principio de que, por implicar dicha adjudicación, no un acto particional propiamente enunciado, sino de enajenación, entre otras razones, por cuanto no descansa sobre las facultades declarativas de efectos retroactivos que al Contador competen, sino que provoca efectos transmisivos de nacimiento y alcance diferentes, es necesario para su validez e inscripción en el Registro de la Propiedad el consentimiento o aprobación de los herederos, y si entre éstos los hubiere menores de edad o incapacitados, será necesario cumplir las prescripciones y formalidades legales establecidas para enajenar o gravar los bienes en que unos u otros se hallen interesados (R. 10 enero 1919, G. 23 enero; Alc., pág. 768).

CUARTO. *Que si entre los coherederos hay alguno de menor edad*

o sujeto a tutela, el Comisario inventaría los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.

Esta citación a que se refiere el art. 1.057 del C. c., atendida la importancia que el Código concede al acto del inventario y que realmente tiene para los interesados, ha de hacerse, cuando sean conocidos y consten sus domicilios, a los mismos o a sus representantes legales o apoderados para tal efecto (R. 4 diciembre 1912, G. 15 enero 1913; Alc., ídem, pág. 135). Y si entre los coherederos hay menores de edad y sus padres no pueden representarlos por tener interés personal en la sucesión, se hace indispensable proveer a esos interesados de defensor judicial y dirigir la citación a éste (R. 4 diciembre 1912; 22 julio 1912, G. 31 agosto, Alc., pág. 495; 23 abril 1900, G. 25 mayo, Alc., página 630).

No se puede prescindir de la designación de defensor judicial y citación de éste para la práctica del inventario, si concurre a la sucesión el padre o madre con hijos menores de edad, aunque aquéllos renuncien a la porción de bienes en que fueron instituidos, e incluso a su cuota viudal, ni aunque se hiciera constar que no existían gananciales, pues dicha renuncia no excusa la incompatibilidad nacida del diverso interés que pueda nacer de la inclusión o exclusión de determinados bienes en el inventario (R. 17 julio 1915, G. 26 agosto; Alc., página 483), incompatibilidad de intereses que subsiste, nombramiento de defensor que es necesario, y citación de éste para la práctica del inventario que también precisa, aun en el caso de que el hijo menor sea mero legatario, siendo el padre o madre heredero a la misma sucesión (R. 30 enero 1915, G. 3 marzo; Alc., pág. 483).

A los efectos de preconstituir la prueba de la citación de referencia, es conveniente consignar la forma en que la misma se haya hecho; mas no porque esto se omita adolece la partición de vicio alguno: la aseveración hecha, pues, por el Comisario en los pliegos particionales, de que las oportunas y necesarias citaciones habían tenido lugar, satisface a las exigencias del art. 1.057 del C. c. (R. 30 abril 1917, G. 18 junio; Alc., pág. 397), e igualmente la confesión hecha por el defensor judicial en la escritura autorizada por Notario, de haber sido citado por el Comisario para la formación del inventario de bienes comprendidos en la herencia (R. 7 marzo 1914, G. 14 abril; Alc., pág. 76. R. 6 marzo 1923; Alc., pág. 308).

Pero aquella libertad, que no impone la necesidad de hacer constar

la forma en que la citación se hubiese verificado, bastando, pues, con que se haga constar que ésta tuvo lugar, halla su contrapartida en el caso de que la realidad de dicha citación sea contradicha por quien para ello tenga facultades. Si, no constando de modo fehaciente la citación de éste, negase el interesado haber sido citado, faltaría entonces la justificación de una de las condiciones esenciales para la validez de las operaciones practicadas por el Contador Partidor, en cuyo supuesto, y a los fines de inscripción en el Registro de la Propiedad, quiere decirse que la partición adolecería de un defecto subsanable, ya que los interesados podrían corroborar la afirmación sentada por el Contador mediante documento fehaciente, ya que, en el mismo supuesto, el hecho de la citación no queda desvirtuado en forma que priva de todo valor a las afirmaciones del Contador de haberse llenado dicha formalidad (R. 18 agosto 1909, G. 10 noviembre; Alc., pág. 825).

Plazo dentro del cual deben los Contadores Partidores cumplir su cometido.—La analogía existente entre los cargos de Albacea y Contador Partidor, a pesar de ser distinta en su especialidad, obliga a suplir por los preceptos del C. c. referentes a los primeros la reglamentación de los segundos (Sentencias T. S. 22 febrero 1929, G. 15 y 16 octubre 1930, Alc., 1932, pág. 766, y 3 diciembre 1931, G. 17 agosto 1934, Alc., pág. 1173).

En su consecuencia, es el de Comisario Partidor cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los términos que respectivamente señala el art. 898 del C. c., pudiendo servir la circunstancia de haber tenido el Contador designado, con el causante, y tener con los herederos de éste, estrechas relaciones, para inferir que, en defecto de documento mediante el cual aceptase aquél el cargo, tuvo conocimiento de su designación en fecha muy próxima a la en que falleció el instituyente (S. T. S. 22 febrero de 1929).

Los Contadores Partidores deberán cumplir su encargo, ante todo, dentro del término que les hubiere señalado el testador, como supremo legislador en esa materia, ya que el testamento, como declara constante y reiterada jurisprudencia, es la primera y más esencial ley en lo relativo a la sucesión testamentaria.

En defecto de determinación por el testador, tendrán el de un año que para los Albaceas señala el art. 904 del C. c., pues el silencio del artículo 1.057 en el particular no puede argüir en modo alguno pró-

pósito en el legislador de que el Contador nombrado pueda a su arbitrio prolongar indefinidamente la partición de la herencia, obligando a los interesados a perpetua o prolongada indivisión, teniendo sin determinar sus respectivos derechos (R. 13 noviembre 1903, G. 24 noviembre; Alc., pág. 769). Plazo que se contará de igual modo, que para los Albaceas, o sea desde su aceptación por el Comisario o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones, sin que sea factible dar interpretación extensiva a este segundo extremo del citado art. 904, porque el legislador, al limitar acertadamente la naturaleza de los litigios a la validez o nulidad de todo o parte del testamento, procedió en méritos a que faltando la base firme, cual el testamento, no puede establecerse sólidamente la división, porque, de lo contrario, se correría el riesgo inminente de que quedara ésta ineficaz al ser declarada la nulidad o subsistencia de todo el testamento o de alguna de sus cláusulas, y así, limitado el alcance de este repetido art. 904, por ninguna otra causa podrá entenderse suspendido el plazo de la contaduría-partición, y en aplicación de este principio, no porque el testador disponga, verbi-gracia, que ante todo se paguen las deudas que resulten contra el caudal hereditario, podrá entenderse en suspenso el comienzo del plazo para que el Comisario realice su cometido, pues una expresión como aquella empleada por el testador no debe interpretarse de otro modo que como indicación de que se liquidara el caudal cuanto antes o primordialmente, para evitar a sus herederos tener que adjudicarse bienes gravados con deudas del testador (R. 22 febrero 1929).

Transcurrido el plazo señalado por el testador, o, en su defecto, por la ley, para que el Comisario cumpla su encargo, se entiende existir por parte de éste renuncia tácita al desempeño de su cometido, correspondiendo desde entonces a los herederos la facultad de hacer la partición, con arreglo a lo dispuesto en el art. 911 del C. c., aplicable también, por analogía, a los Contadores Partidores (R. 13 noviembre 1903).

La analogía que hemos notado entre ambos cargos Albacea y Contador Partidor es más trascendental, positivamente, de lo que a primera vista pudiera parecer, y así, nombrada por el testador la misma persona para aquellos dos cometidos, la prórroga del plazo que expresamente hubiese concedido para el albaceazgo se entiende otorgada también para la contaduría-partición, *aunque la designación para ambos*

cargos no se halle comprendida en la misma cláusula del testamento (S. T. S. 3 diciembre 1931).

No obstante la analogía entre ambos cargos de Albacea y Contador Partidor, ha de entenderse que no es extensiva a quien, habiendo sido nombrado por el testador para desempeñar uno y otro cargo, sin renunciar aquél, se abstuvo de desempeñar éste, las sanciones estatuidas por el art. 900 del C. c. para los Albaceas caso de no aceptar o renunciar sin justa causa el cargo para el que se les nombró (S. 23 octubre 1923, G. 6 febrero 1924; Alc., pág. 851).

Eficacia jurídica de la partición realizada por Comisario.—Es doctrina derivada de lo dispuesto en los artículos 1.056 y 1.057 del Código civil (Rs. 12 noviembre 1895 y 22 enero 1898) que la partición así efectuada es desde luego un acto válido, cuya validez se funda en las citadas disposiciones legales que lo autorizan, y no en el consentimiento de los interesados, pues si hubiera de requerirse éste holgaría la frase *se pasara por ella* que emplea el 1.056, y resultaría al fin ilusoria aquella facultad, ya que entonces no sería el testador o el Comisario quienes hicieran la partición, sino los propios herederos, que a tanto equivaldría el necesario requisito de su previa conformidad (R. 11 septiembre 1907, G. 10 octubre; Alc., 907, pág. 592. R. 29 enero 1908, G. 9 febrero; Alc., pág. 128), y que debe, como tal, producir sus consecuencias en el Registro de la Propiedad, sin necesidad de dicho consentimiento, ni de la aprobación judicial, en el caso de que haya interesados menores de edad o sujetos a tutela (R. 7 marzo 1914, G. 14 abril; Alc., pág. 76), (R. 2 agosto 1909, G. 21 octubre; Alc., pág. 825. R. 26 agosto 1909, G. 13 noviembre; Alc., pág. 825), sin perjuicio de que deba el Comisario inventariar los bienes de la herencia en la forma y con los requisitos que para este caso prevé el repetido art. 1.057.

La partición por Comisario crea un estado de derecho, en fin, nacido del cumplimiento dado por el mismo a la voluntad del testador, que subsiste mientras no se lleve a los Tribunales directamente y en debida forma la cuestión de la recta o desacertada interpretación del testamento (R. 4 diciembre 1905, 12 diciembre 1912, G. 23 abril; Alc., página 399. 30 enero 1915, G. 3 marzo; Alc., pág. 483. 29 marzo 1917, G. 11 julio; Alc., pág. 397. Y S. T. S. 12 diciembre 1906).

La obligación resultante para los interesados en la herencia de estar y pasar por lo que los Contadores practiquen, está limitada al supuesto de que los Contadores hayan cumplido con lo ordenado por el testa-

dor, ya que lo contrario sería anular la voluntad del mismo, y aun equivaldría a dejar la formación del testamento al arbitrio de terceros, lo cual prohíbe el art. 670 del C. c. (S. T. §. 23 noviembre 1899, G. 31 mayo 1900; Alc., pág. 854).

La partición hecha por el Comisario Partidor crea, pues, un estado de derecho que es preceptivo para los interesados, en cuanto aquél haya procedido conforme al testamento y tampoco haya faltado a la ley; recordemos las legítimas, estado de derecho vigente mientras no se justifique y declare judicialmente su ineficacia, esto es, se acuerde por los Tribunales su rescisión. Reuniéndose tales requisitos, la partición de la herencia formalizada por Contador Partidor, vale, independientemente de la aceptación de la herencia y no prejuzga la existencia de esta última condición o momento esencial de la adquisición *mortis causa* (R. 22 enero 1898; 6 marzo 1923, G. 5 abril; Alc., pág. 308).

ELOY ESCOBAR DE LA RIVA.

Notario de Barcelona.

La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria

Introducción.—I. Fuentes legales del proceso de ejecución —1. Su determinación.

En el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso en la legislación española, no solamente cabe apreciar, dentro de la llamada fase de cognición, un fraccionamiento extraordinario del procedimiento, sino que ello es una característica, asimismo importante, de las actividades procesales que hacen referencia a la ejecución.

Quiere esto decir que, lo mismo en uno que en otro tipo de proceso, la Ley no se ha contentado con ordenar una tramitación de ámbito general o, a lo sumo, diversificada en dos o tres categorías fundamentales, sino que, por el contrario, siguiendo un criterio casuístico muchas veces, ha acumulado en su texto profusión de normas referentes a hipótesis concretas que, al multiplicar el número de procedimientos existentes, no hacen en definitiva sino perturbar el desarrollo de la actividad judicial, con el perjuicio consiguiente para una función que debe siempre tener como uno de sus motivos de inspiración el de la "sencillez" (1).

La verdad de esta tesis, por lo que respecta al proceso de declaración o cognición, ha sido afirmada en repetidas ocasiones, y es de tal modo evidente, que hoy se ha convertido ya en uno de los tópicos de la crítica contra nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento civil (2). Por lo

(1) Y en este sentido podría aplicarse a la excesiva pluralidad de procedimientos el juicio de Staud (*Deutsches Recht*, 1935) sobre las dilaciones procesales: "la peor característica del proceso civil del pasado".

(2) Ver por todos Becña, en la página 19 de su conocido artículo "Caratteri generali del processo civile in Spagna" (*Studi in onore di G. Chiovenda*, Padua, 1927).

que respecta al proceso de ejecución, no creemos que hagan falta prolijos razonamientos para llegar a una demostración análoga.

En el Derecho procesal español "hay más procedimientos ejecutivos que los que con tal nombre son expresamente designados" (1). Y, en efecto, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, encontramos los tipos siguientes:

1.º Aquellos que se contienen en el texto de la Ley de Enjuiciamiento civil. Tales son:

A) El procedimiento ejecutivo (sección primera del título XV, libro II de la Ley, artículos 1.429 a 1.480). De frecuente aplicación; ha sido considerado en ocasiones como el procedimiento "típico" de los de esta clase. No es, desde luego, el único que conoce la Ley, puesto que junto a él encontramos:

B) El procedimiento de apremio (sección segunda del mismo título y libro, artículos 1.481 a 1.531), configurado legalmente como una fase ulterior del "juicio ejecutivo" (epígrafe del título al que pertenece), pero cuya independencia puede fácilmente sostenerse recordando los numerosos casos en que otros procesos diferentes desembocan asimismo en esta clase de actuaciones. Como luego veremos, el procedimiento de apremio ordinario no es sino la forma verdadera y propia de la ejecución procesal.

C) El procedimiento para la ejecución de las sentencias (título VIII, libro II, artículos 913 a 958), que, no obstante, se remite en las hipótesis más importantes que indica a la vía de apremio, regulada en otro lugar.

D) El procedimiento de apremio en negocios de comercio (título XVI, libro II, artículos 1.544 a 1.560), herencia dejada a la Ley vigente por la de Enjuiciamiento mercantil de 1830, de acuerdo con la unificación de fueros preceptuada en 6 de diciembre de 1868.

E) También los procedimientos llamados entre nosotros "monitorios" (artículos 7.º, 8.º y 12), tan parcamente admitidos por nuestra Ley fundamental en la materia, aunque disposiciones posteriores hayan extendido su ámbito de aplicación.

2.º Fuera de los procesos que la Ley de Enjuiciamiento recoge,

(1) Becña: "Los procedimientos ejecutivos en el derecho procesal español. Notas de sistematización", en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1920.

existen otros que, no por referirse a casos particulares, ofrecen escasa importancia. Así, han de citarse:

A) El llamado "procedimiento judicial sumario" para hacer efectivos los créditos hipotecarios, que se contiene en la Ley del mismo nombre, artículos 129 a 135 fundamentalmente.

B) El procedimiento de la Ley de Hipoteca naval de 21 de agosto de 1893, artículos 39 a 49 de su texto.

C) El procedimiento ejecutivo a favor de las sociedades de crédito territorial, que se estableció en el Decreto-ley de 5 de febrero de 1869 y cuya subsistencia se ordena en el artículo 1.560 de la Ley de Enjuiciamiento civil. A este procedimiento hacen referencia asimismo los artículos 91 a 95 de los estatutos del Banco Hipotecario de 3 de noviembre de 1928 (1).

Sin duda, cabría preguntarse si todos y cada uno de los procedimientos que han sido indicados constituyen verdaderamente otras tantas manifestaciones de un auténtico "proceso de ejecución". Pero este problema, cuya solución negativa procuraremos razonar más adelante, no debe ser tratado en este punto de nuestra introducción, sino ulteriormente, al analizar la naturaleza jurídica de aquel procedimiento, en cuyo estudio nos ocupamos de manera concreta.

Ahora bien: a pesar de que el término "ejecución procesal" sea demasiado estricto para que pueda abarcar el conjunto de procedimientos citados; aunque hagamos en éstos la necesaria selección, no podremos aún alcanzar el grado de unificación que sería deseable en lo que respecta al tratamiento legal de tales actividades de ejecución. Quiere decirse que hay dentro del ordenamiento vigente en la materia una pluralidad de órdenes de tramitación, irreductible desde el punto de vista del Derecho positivo, cuya desaparición, no obstante, *ex iure condendo*, no parece que se pueda discutir.

Pero precisamente antes de llegar a esta meta del trabajo legislativo se hace forzoso conocer la esencia de cada procedimiento particular hoy existente, puesto que sólo sabiendo la necesidad a que su implantación ha obedecido podremos estar seguros de que ella viene a quedar también cubierta con una nueva regulación de carácter general, y sólo analizando la esencia de cada actuación concreta en tales procesos podre-

(1) A la enumeración anterior es posible añadir más casos (v gr. las hipótesis de ejecución general), que, sin embargo, por referirse a otro orden de ideas, estimamos preferible no mencionar.

mos saber si no constituyen en sí una solución técnica más defendible que la recogida en la forma de procedimiento ordinaria o común (1).

De los diversos procedimientos anteriormente enumerados, considero de un interés excepcional el análisis del llamado—mal llamado—procedimiento judicial sumario para la efectividad de los créditos hipotecarios, y esto, no obstante la superior e indiscutible importancia que tienen otros tipos de los que se han mencionado, verbigracia, el juicio ejecutivo, la materia referente a la ejecución de sentencias, etc.

El interés que para el procesalista ofrece el estudio del procedimiento especial recogido en los artículos 129 a 135 de la Ley Hipotecaria viene fundado en una serie de razones de significado diverso, pero de gran trascendencia en su totalidad.

Dejamos a un lado la materia específica a que esta forma de proceso se refiere. Desgajado del tronco común de la ejecución sobre inmuebles, el procedimiento regulado por la Ley Hipotecaria se aplica a casos de evidente trascendencia práctica, pero que no pasan de ser hipótesis concretas y de carácter singular. No es, pues, en la naturaleza del título ejecutivo que da origen a este tipo de ejecución donde debemos buscar los motivos de su importancia intrínseca, sino más bien en que, teniendo que resolver problemas comunes a todas las formas de ejecución inmobiliaria, la Ley de 21 de abril de 1909, al implantar la tramitación que hoy recogen los artículos 129 a 135 de la vigente Ley, modificó en numerosas ocasiones, y en puntos esenciales, la solución mantenida por la de Enjuiciamiento civil, modificaciones que algunas veces quedaron limitadas a los supuestos hipotecarios, pero que otras, por el contrario, trascendiendo de esta esfera, constituyeron expresas derogaciones del régimen establecido para la práctica de la vía de apremio en su forma general.

De acuerdo con la fecha posterior de su promulgación (2), la Ley de 21 de abril de 1909 debió representar, con respecto al texto de la de Enjuiciamiento, un progreso de consideración indudable. Es, por tanto, del más alto interés examinar hasta qué punto esta mejora fué realizada y qué juicio merece el nuevo tratamiento de los problemas

(1) Ejemplos de lo segundo encontraremos más tarde en el art. 131 de la Ley Hipotecaria con referencia al procedimiento ordinario de apremio de la Ley de Enjuiciamiento civil

(2) Aunque la ley de 1909 se haya inspirado fundamentalmente, como se sabe, en otra más antigua la Ley de Ultramar de 14 de julio de 1893

procesales, que ya de antiguo venían planteándose. Nuevo tratamiento que no se refiere incluso, como a primera vista pudiera creerse, a trámites concretos de la ejecución inmobiliaria, sino que se extienden a otras numerosas cuestiones de primer plano en la dogmática del Derecho procesal, porque, en efecto, hasta tal punto es esto cierto, que por algún autor ha podido decirse con evidente exageración, pero no error absoluto, que el artículo 131 de la Ley Hipotecaria es, por sí solo, "toda una Ley de Enjuiciamiento civil" (1).

Por otra parte, el problema—o conjunto de problemas—que se enuncia, pese a su íntima calidad procesal, no ha sido tan analizado desde el punto de vista de esta rama jurídica como desde la distinta perspectiva del Derecho hipotecario. Y esto acrece indudablemente la importancia de la cuestión, ya que, en definitiva, se trata de reintegrar un tema, mal planteado algunas veces por la ausencia de un criterio idóneo para su estudio, a la esfera jurídica a que verdaderamente pertenece; sin que esto sea pretender eliminar del análisis que se realiza toda clase de sugerencias procedentes de la técnica hipotecaria, visión unilateral de la materia que no puede por menos de conducir al error.

El fin del presente estudio es, en consecuencia, llevar a cabo un análisis crítico del procedimiento regulado en los artículos 129 a 135 de la Ley Hipotecaria, desde el punto de vista procesal, teniendo en cuenta, en efecto, que este enfoque del tema debe estimarse como primordial e insustituible por ningún otro, lo que no ha dejado de ser reconocido por los mismos cultivadores del Derecho hipotecario al sostener que estas normas concretas de la legislación deberían formar parte en el futuro del específico ordenamiento procesal (2). De aquí el título de nuestro trabajo: "La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria".

Cierto que dentro de esta misma Ley puede haber otras formas de ejecución distintas de la tramitación *sumaria* de los artículos 129 a 135: fundamentalmente el juicio ejecutivo ordinario y un posible procedimiento extrajudicial, admitido por la doctrina con anterioridad a la reforma de 1909, omitido en la redacción dada a la Ley en esta fecha y recogido hoy expresamente en el Reglamento hipotecario, cuyo artículo 201 establece las normas que han de seguirse "cuando en la escri-

(1) Morell: *Comentarios a la legislación hipotecaria* (Madrid, 1918; tomo IV, página 108), refiriéndose a Aragón.

(2) "Cuando la Ley de Enjuiciamiento civil se reforme, a ella debe pasar este procedimiento especial con todas sus reglas." (Morell: ob y tomo cit., pág. 108.)

tura de constitución de la hipoteca se hubiere pactado un procedimiento ejecutivo extrajudicial" (1).

Pero ambas cuestiones han sido excluidas de nuestro estudio por razones que estimo de fuerza considerable; en efecto, se trata en el primer caso de una aplicación de las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento civil y, por consiguiente, de una subsunción de esta hipótesis hipotecaria en las normas comunes, cuyo análisis no podemos hacer ahora (2), y, por lo que respecto al segundo punto, no plantea un problema de ejecución *procesal*, sino precisamente *extraprocesal*, ya que a tanto equivale el excluir la intervención judicial en la forma de ejecución convenida entre acreedor y deudor.

Fijado así el alcance del tema, diremos tan sólo unas breves palabras sobre el plan de exposición. Fácilmente se comprende que si ésta hubiera de limitarse a una descripción de los trámites que integran el procedimiento, sólo podríamos dar una visión fragmentaria de los problemas que la cuestión encierra. Aquí, como en otros puntos numerosos de la disciplina del Derecho procesal, se advierte cómo el orden de proceder—el procedimiento—propiamente dicho, no es sino una de las cuestiones que plantea el estudio de cualquier tipo de tutela jurídica procesal, y que al lado o por encima de tal cuestión hay toda una serie de problemas fundamentales sin cuya solución no puede entrarse en la determinación de la serie de trámites que componen exteriormente el proceso. Aplicando, pues, el criterio indicado, habremos de analizar, previamente al estudio del *procedimiento stricto sensu*, la materia más amplia del *proceso*, en la que se contienen los puntos esenciales de la forma de ejecución que regula específicamente la Ley Hipotecaria.

En primer término, habrán de indicarse las normas legales que regulan este procedimiento, su carácter y ámbito de aplicación (I), la na-

(1) López de Haro, en su *Tratado de Legislación hipotecaria* (Madrid, 1918, página 218), afirma que son cuatro los procedimientos para hacer efectivo el crédito hipotecario, pero el declarativo que añade no es, naturalmente, un proceso de ejecución.

(2) Artículo 203 del reglamento hipotecario: "Cuando el procedimiento seguido fuere el ejecutivo ordinario, se observará lo dispuesto en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil, tanto en lo referente a títulos que llevan aparejada ejecución, como en los demás particulares no derogados." No se opone a esta afirmación el que en el caso citado haya que tener presentes además reglas especiales, como son las de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria.

turalidad jurídica de la actividad que es ordenada por ellas (II), así como los principios fundamentales que las inspiran, en cuanto son consecuencia o modificación de criterios más generales recogidos por la legislación procesal ordinaria (III). Examinaremos en segundo lugar los presupuestos o condiciones de este proceso de ejecución (IV), siguiendo la sistemática que nos parece más aceptable hoy en la ciencia procesal, y llegaremos, por último, al análisis concreto del procedimiento, última etapa de nuestro trabajo (V), en que habrán de servirnos de orientación las soluciones que vengamos obteniendo en los apartados precedentes (1).

I

1. La Ley Hipotecaria primitiva, de 8 de febrero de 1861, no contenía una regulación *especial*, salvo ciertas singularidades, del procedimiento que había de seguirse para obtener la condena de un deudor hipotecario y para que fuese el acreedor satisfecho con los bienes afectos al cumplimiento de la obligación que la hipoteca garantiza. En consecuencia, eran aplicables los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil (2) referentes al juicio ejecutivo y al procedimiento de apremio; el documento de constitución de la hipoteca debía estimarse como eficaz para obtener del Juez un mandamiento de ejecución y, por consiguiente, con determinadas condiciones (3), venía a ser un título ejecutivo apto para provocar un proceso de este nombre, en el que, como se sabe, existe—o puede existir—toda una fase de oposición por parte del deudor antes de que se produzca la sentencia de remate y, eventualmente, el paso al procedimiento de apremio o de ejecución efectiva sobre los bienes. No cambiaron estos preceptos con la importante—aunque quizá no tanto como debiera haberlo sido—modificación llevada a cabo en 21 de diciembre de 1869.

Pero, fuera del ámbito de la legislación peninsular, la ley Hipote-

(1) No habrá que decir que el tema gira exclusivamente en torno a una cuestión concreta del *derecho positivo español*. Las indicaciones de *legislación y doctrina extranjeras* son recogidas, por tanto, en cuanto instrumentos al servicio de la comprensión de nuestro problema. Se ha procurado seguir con especial atención la *doctrina y jurisprudencia hipotecarias*, de gran valor, como se comprende, para el caso.

(2) De la vigente, sólo, como es natural, con posterioridad a 1881

(3) V., sobre todo, el art. 133 de la citada Ley.

caria de Ultramar de 14 de julio de 1893 y su reglamento, de 18 del mismo mes y año, implantaron, en sus artículos 127 a 133 y 168 a 176, respectivamente (1), una tramitación más breve y sencilla que la que regía en la metrópoli. Se comprende que la comparación entre uno y otro sistema produjese el natural deseo de adoptar también en España aquel que parecía más conveniente para la consecución de uno de los fines más importantes de todo el régimen inmobiliario: el desarrollo del crédito territorial, en el que no podía por menos de influir decisivamente la simplificación de los trámites para el cobro de las deudas hipotecarias (2).

Una indicación detallada de las tentativas de reforma que esta dirección originó (1894, 1903, 1905) excedería de los límites de nuestro tema. La modificación llegó, al fin, por obra de la Ley de 21 de abril de 1909, incorporándose con el resto de prescripciones que dicha norma contenía al nuevo texto hipotecario de 16 de diciembre del mismo año. Y la importancia que al problema procesal se le había dado en la corrección de la ley anterior, la revela suficientemente el hecho de que la implantación de los nuevos trámites sea el objeto de los primeros artículos (1.º a 9.º) de la disposición reformadora, en indicación, pues, de que, en el momento de innovar la materia hipotecaria, la preocupación por la forma de ejecución que debería adoptarse constituía una cuestión colocada, por su categoría, en un absoluto primer plano.

Así se llegó, por tanto, al nacimiento de las fuentes legales del proceso que venimos estudiando (3), y que son, en los textos en vigor de la legislación hipotecaria, los siguientes:

1.º Artículos 129 a 135 de la ley, de los cuales tiene máxima importancia, como se sabe, el 131, dividido en diecisiete reglas de una extensión variable, que contienen en su desmesurada redacción—para un solo artículo—el orden íntegro de trámites, es decir, el procedimiento

(1) Muchos de los preceptos hoy en vigor proceden, en efecto, no de la Ley de Ultramar, sino de su reglamento, el cual contenía prescripciones demasiado importantes para una disposición de esta naturaleza. Así lo hace notar Oliver en su obra *Derecho inmobiliario español* (Madrid, 1892-1896; tomo I, pág. 846).

(2) Y ello se hizo constar en la "Exposición de motivos" del proyecto de 24 de febrero de 1908, presentado por el entonces Ministro de Justicia, Armada; proyecto convertido más tarde, con algunas modificaciones en ley.

(3) Otras modificaciones posteriores, algunas de importancia, como la introducida por la Ley de 27 de agosto de 1932 y las referentes al régimen actual de adjudicación de bienes serán indicadas en el lugar oportuno.

en sentido estricto y en su desarrollo normal, puesto que los restantes preceptos hacen referencia a declaraciones de índole general, presupuestos, incidentes, etc. (1).

2.º Artículos 202 y 204 del reglamento hipotecario, determinantes, aquél, de los límites de aplicación del procedimiento, y éste, de ciertas especialidades en cuanto a puntos concretos del mismo, de los que más tarde se hará mención (2).

Ahora bien: no obstante estas reglas específicas, la ordenación que en ellas se contiene es insuficiente para resolver todos los problemas que la realidad presenta en la actuación de los trámites que integran el procedimiento ordenado. Debemos preguntarnos, por tanto, cuál es el medio de llenar en su caso estas posibles lagunas de las normas hipotecarias, es decir, cuáles han de ser las fuentes *subsidiarias* por las que la ejecución de los artículos 129 a 135 haya de regirse.

Que tales lagunas existen se demuestra fácilmente con una simple lectura de los preceptos mencionados: en qué forma deberán dictarse las resoluciones recaídas en el procedimiento cuando nada se diga expresamente (art. 131, regla 4.ª, párrafo 1.º, regla 12, *in fin*; regla 15, párrafos 2.º y 3.º, etc.): cómo habrán de tramitarse los incidentes que surjan en la hipótesis de administración interina por el acreedor de la finca hipotecada (art. 131, regla 6.ª); qué recursos caben contra las decisiones del Juez y con qué efectos, y otros numerosos casos que pudiéramos citar, son ejemplos significativos que prueban la necesidad de hallar un criterio de ordenación legal suplementaria, fuera de los artículos concretos de la Ley Hipotecaria, que no puede consistir tampoco en la mera *interpretación* de tales artículos, insuficiente para solucionar la mayor parte de las cuestiones planteadas.

Parece indudable que dicha ordenación subsidiaria no ha de encontrarse sino en los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, lo mismo en los de carácter general que en aquellos que hacen referencia a la actividad procesal análoga a la regulada en la ley Hipotecaria, es decir, en el

(1) Los artículos 129 a 135 forman parte de la sección primera ("De las hipotecas en general") del título V ("De las hipotecas") de la ley. Aunque esta sistematización no parezca excesivamente congruente, siempre habrá de tenerse en cuenta la dificultad de encajar unos preceptos típicamente procesales en un texto de carácter *material* o *sustantivo*.

(2) Como asimismo de las disposiciones concretas en materia de hipotecas que garantizan cuentas corrientes o títulos nominativos o al portador (arts 153 y 155 de la ley).

procedimiento de apremio de los artículos 1.481 a 1.531 de la Ley de Enjuiciamiento. Esta aplicación de los preceptos somunes no viene determinada categóricamente en el texto hipotecario, pero debe sostenerse en base a los siguientes argumentos:

A) La propia naturaleza de los preceptos vigentes en la materia, que, utilizando de continuo nociones de orden procesal (notificaciones, requerimientos, tercería, comparecencia, incidente, etc.) sin una definición expresa de su contenido, no pueden por menos de remitirse al concepto que de ellos tiene la Ley Procesal ordinaria y, en consecuencia, a la regulación que en dicha ley se contiene.

B) La alusión directa en algunos casos a las normas del enjuiciamiento ordinario, v. gr., en la regla 3.^a número 2.^o (1) y último párrafo (2).

C) La propia doctrina hipotecaria (3), que reconoce asimismo el carácter subsidiario de la Ley de Enjuiciamiento civil con respecto a las normas procesales que estudiamos (4).

JAIME GUASP DELGADO

Ltrado del Consejo de Estado. Catedrático de
Derecho procesal de la Universidad de Barcelona

(1) "El título o títulos del crédito revestido de los requisitos que la *Ley de Enjuiciamiento civil* exige para despachar la ejecución."

(2) "El requerimiento deberá practicarse... a las personas que expresa el art. 268 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*, por el orden establecido en el mismo."

(3) Aragonés: *Compendio de Legislación hipotecaria* (Madrid, 1911), tomo II, página 92; Morell: ob. y tomo cit., pág. 142.

(4) Fuera del procedimiento judicial sumario, los artículos de la Ley de Enjuiciamiento tienen plena vigencia, aunque difieran de la solución adoptada en la Hipotecaria, salvo, naturalmente, aquellas disposiciones de ésta que derogan el régimen común, como ocurre con la regla 17, último párrafo, del art. 131

Nueva teoría de los Impuestos

(CONTINUACIÓN) *

POSTULADOS DEL IMPUESTO

De lo anteriormente expuesto se deduce la naturaleza, fundamento, forma y fin del Impuesto, que ha de respetar los mismos principios que servirán para constituir el Derecho Trascendental Inmobiliario. (que tengo ofrecido), aunque por orden inverso de importancia en los postulados:

1.º Ley: El Impuesto ha de ser desgravador del "valor venal, convencional o en cambio" (valor de escasez) y fomentar la producción de cosas útiles, o sea la abundancia de "valores en uso": ley natural desvalorizadora

2.º Ley: El Impuesto equitativo ha de repartirse por igual, para lo que ha de ser general e ineludible y difusivo, pero no reperkusivo: analogía de la ley natural de orden moral, de igualdad ante el impuesto.

3.º Ley: El Impuesto ha de respetar la responsabilidad económica, o sea la sagrada propiedad: equivalencia de la ley natural de libertad moral económica.

DESENVOLVIMIENTO DE LOS POSTULADOS NATURALES DEL IMPUESTO

1.ª Ley: Impuesto desgravador Es la perfección del impuesto, que cumple la ley natural económica desvalorizadora Su técnica impositiva realizará toda la dogmática de la Nueva Economía Funda-

* Véase el número anterior de esta REVISTA

mental: la igualdad de uso en los espacios vitales, sin perjuicio de los derechos de la sagrada propiedad privada. Esta técnica será desenvuelta en la tercera serie de trabajos acerca del Derecho Trascendental Inmobiliario.

2.^a Ley: Impuesto difusivo, pero no reperkusivo, además de general e ineludible. El impuesto, para ser "igual", ha de ser general e ineludible; pero, además, no ha de repercutir contra la producción ni en el consumo, sino difundirse solamente entre los usuarios del "valor en uso" desgravado. Seguiré llamando "repercusión" a la difusión de los impuestos más allá de lo consentido por las leyes naturales de la Economía, y "difusión" a la natural consecuencia extensiva económica. Los vocablos "repercutir" y "difundir" van, respectivamente, a representar para nosotros esas ideas de lo justo y de lo injusto, y en esas acepciones respectivas las emplearé en lo sucesivo.

Si el impuesto no es general e ineludible, es evidente que no resultará "igual", segundo postulado a guardar, en importancia. Pero si el pagador lo repercute en la producción, también es evidente que no será ni igual ni desgravador, porque encarece los "valores en uso" y endosa al consumidor el importe del mismo. Esa repercusión es, pues, antieconómica. Por el contrario, si no es difusivo, grava una producción o industria a costa de otra, porque ésta no lo puede difundir entre sus sucedáneas en el uso del "útil" desgravado. Resulta también, por lo injusto, antieconómico. Los impuestos han de ser, pues, difusivos, pero no reperkusivos.

Hasta ahora no hago más que plantear los teoremas, que han de resolverse claramente con ejemplos al analizar a continuación los impuestos.

3.^a Ley: El Impuesto ha de respetar la propiedad. Es deficientemente económico el impuesto que no respete la "responsabilidad", porque no fomenta la producción, que es la función del dolor producido por el "valor de escasez o convencional"; pero, como indiqué, es el menos trascendental de los tres principios del impuesto. Si el Estado confiscara los ladrillos o las viguetas de hierro de una determinada propiedad, o la madera o los cristales, etc., y construyera edificios con esos bienes, atacaría a la responsabilidad económica (propiedad); pero no contradeciría la ley desvalorizadora, porque allí están los edificios que faltaban, y en ellos los bienes expropiados. La riqueza no desaparece: pasa de una a otra mano, y aun su empleo desvalorizador mejora.

Así, en cualquier otro orden de producción, contradecirá la propiedad (la responsabilidad), pero no directamente la desgravación, sino sólo indirectamente, al no estimular a los industriales. Repito, pues, que esta tercera ley es la menos trascendental, si bien adolece del inconveniente de no estimular la producción, sino, al contrario, la desanima.

EJEMPLOS EXPLICATIVOS DE LOS ANTERIORES TEOREMAS

Solamente los impuestos sobre el "valor de escasez" (venal, convencional o en cambio) de los "espacios vitales" son perfectos, porque al apartar ese valor del comercio de los hombres, lo desvaloriza y hace practicable el uso "igual" del espacio, en teoría de Derecho y en la realidad de las industrias o trabajo humano. En general, porque se refiere a todo "espacio vital económico", e ineludible, como lo es el mismo espacio indispensable para la industria. Es difusivo, pero no repercusivo, como pasaré a explicar mediante ejemplos. Pero antes afirmaré que respeta íntegramente la "sagrada propiedad". En efecto: un trabajador (agricultor, fabricante o comerciante) establece su industria sobre tierra de poco valor cambial, o de ningún valor de esta clase; pero, por la virtualidad de su idea económica, la eficacia de su arte, la envergadura del negocio, le conviene reinstalarse en lugar más útil, de más "valor en uso". Y como lo más útil es también lo más deseado de todos, ocurre que si al propio tiempo es muy limitado ontológicamente, surge la escasez económica, de la que nace el "valor de escasez" y obligado exponente del precio. Sin embargo, al industrial le conviene el aludido solar, la tierra o subsuelo, la fuente de energía hidráulica, etc., y paga en "Renta" ese subido "valor convencional o venal". Lo paga a la Administración pública, a la Hacienda, porque si lo abona a otro particular, quedaría dentro del comercio, y, por consiguiente, no desgravado. Pero reflexionemos bien cómo esa renta no ha salido de su trabajo, sino de las oportunidades sociales de población, porque su beneficio industrial no sólo continuará siendo igual, sino que aumentará seguramente y quedará constituido, según la Nueva Economía, por el margen de ganancia entre la renta pública y el total productivo venal de su industria.

Esto no debe llamarse impuesto, porque no se impone ni obliga a nadie; tampoco contribución, porque ningún particular contribuye, sino

sólo renta pública, ya que es netamente renta pública la de todo "espacio vital económico": mina, manantial, solar, tierra, salto de agua, concesión administrativa, etc., etc.

Ya hemos explanado cómo la renta pública (el interés normal del "valor venal, convencional o en cambio"—de escasez—de todo espacio vital económico) es desvalorizadora o desgravadora, y también salvaguarda el postulado de la "sagrada propiedad", a la que no afecta. Veamos ahora cómo no es nada reperkusivo y sí perfectamente difusivo. Supongamos que un industrial (trabajo humano) construye un gran edificio para destinarlo al negocio de arrendar departamentos para oficinas, comercios, obradores de sastrería, zapatería, restaurantes, etc. No es para asuntos propios, sino para locación de otras industrias. El es, repito, mero industrial para servicios de locación. Al efecto ocupó un solar, "espacio vital económico", útil en sumo grado, pero que, por esto mismo, es muy demandado y no abunda. El "valor de escasez" es grande, pero él lo desvaloriza comprometiéndose a abonar la correspondiente renta pública. Pero, en definitiva, él no es el usuario, sino los oficinistas, comerciantes, sastres, zapateros o dueños de restaurantes. Pues bien él difunde la renta entre ellos, porque ellos son los que usan y se aprovechan finalmente del espacio vital económico. Pero ni el sastre o zapatero, ni el comerciante o tabernero, etc., pueden transferirlo al consumidor, endosándolo en la producción, porque el restaurante, el zapatero, el tendero, etc., verían, en ese caso, ausentarse a sus clientes en busca de otros industriales de igual calidad y de servicios más baratos. La renta, pues, se difundió justamente, y el sastre y el restaurante y demás industriales verán cómo se indemnizan de ella, mediante aumento de producción o realización de servicios, por la favorable oportunidad que el sitio brinda a la eficacia de su genio industrial, a la virtualidad de su industria. Así que cuando ésta no está en proporción con el "valor de escasez del sitio", la ruina industrial es consecuencia inevitable. Cada industria ha de estar razonable y efectivamente en el espacio de su relatividad económica. Si la industria es retrasada, o de poco genio desvalorizador, es, más que inútil, contraproducente o perjudicial ese sitio o local de gran solicitud o demanda, porque a esto se sigue la renta.

Tampoco el constructor de edificios, "productor" o realizador de otros análogos servicios incorporados a determinado "espacio económico", podría excederse impunemente en el pago de renta pública, porque acarrearía la sanción de mermar su "ganancia o beneficio industrial,

"dado que no podrá "difundir" más renta que la económicamente justa, toda vez que carecería, en ese caso, de sucedáneas en el uso de aquel espacio económico, y, además, vería sin empleo los "servicios" propios a ese espacio incorporados

Ahora supongamos que quien edifica la casa, la ocupa y la convierte en su vivienda. ¡Ah! Entonces es él quien usa el espacio vital y, consiguientemente, quien ha de pagar la renta pública de desvalorización o desgravación: si habita en sitio caro, pagará su facilidad o antojo. La vivienda no precisa otro recargo impositivo.

Para que la desgravación o desvalorización de la renta de la tierra (mina, suelo, salto, etc.) tenga efecto, es necesario sacarla del comercio privado y emplear un procedimiento técnico adecuado a esa aludida función del impuesto. Explicar esto será el objeto del nuevo Derecho Trascendental Inmobiliario, que no tardaré en explicar.

Por contraposición a la perfección de la renta pública, vamos a fijarnos ahora en los impuestos y contribuciones que sean radical y totalmente imperfectos por antieconómicos. Son los que repercuten en la producción o en el consumo, porque revalorizan el "valor de escasez" y no se concretan a confiscar "valor en cambio" de propiedad o particular, sino que, además, lo crean donde no existía. El impuesto sobre la agricultura, explotaciones extractivas, industrias de toda clase y sobre el comercio, al gravar el trabajo, son antieconómicos, porque revalorizan venalmente. Y revalorizar venalmente es crear escasez. Lo mismo ocurre a los que gravan el consumo, porque en definitiva es la misma cosa gravar el consumo o la producción.

Ahora vamos a los impuestos menos perfectos, pero que no son radicalmente imperfectos, como los que encarecen la producción o el consumo. Hay impuestos, como el de la sucesión hereditaria, que no gravan la producción ni el consumo, sino que toman para el Estado un porcentaje de valor venal. Lo pasa de la mano privada a la pública. Este no es totalmente imperfecto, sino en cuanto no respeta totalmente el "derecho de sagrada propiedad", que es el tercero de los postulados; pero al transferir el "valor convencional" del heredero al Estado, desgrava lo que asume si lo aplica a obras y servicios sociales reproductivos, y, además, es igual relativamente para todos los ciudadanos de la clase propietaria. Tampoco repercute. Es, pues, repito, imperfecto por falta de un postulado, pero cumple más o menos perfectamente con los otros dos. Claro que para esto, el impuesto de Derechos reales no ha de

alcanzar a ningún acto *inter vivos* y de título oneroso. La razón es que atacaría al comercio, que es la tercera forma de producir, y, además, encarece los útiles, "valores en uso", necesarios al trabajo de otras industrias, para lo que es necesario tener siempre la ley de desvalorización que hemos estudiado en Economía Política Fundamental.

Las recaudaciones de esta índole deben propiamente llamarse impuestos, porque se giran, por imperio de la necesidad y de la fuerza del Estado, contra "valor convencional" que está en propiedad privada, al manifestarse de alguna manera, mientras que la renta pública no se dirige contra ninguna propiedad particular.

La tercera forma no perfecta, pero tampoco radicalmente imperfecta, puede llamársele contribución (de valores venales), o sea lo que el Estado pide a la propiedad particular para acabar de cubrir sus gastos sociales. No es la renta pública, que no exige de nadie, sino que se toma con plena razón por la función desvalorizadora de la Administración pública; ni es el Impuesto de Herencia, en la que el Estado se llama a la parte del "valor venal" relicto. La contribución es más abiertamente la confiscación de parte del "valor cambial" de la propiedad privada que constituye el patrimonio del particular, mediante la forma de impuesto sobre el capital o sobre su renta. Ya que no respete la responsabilidad de la propiedad, debe, para ser posiblemente igual, gravar al capital como propiedad que esté o no invertida en la producción. Con más razón si no está empleada, porque no gravaría la producción, y, consiguientemente, el consumo público, sino que disminuiría el acervo del rico al disminuirle sus medios económicos, pero no los de la sociedad.

PERFECCION DE LOS IMPUESTOS

Ya he dicho que solamente la renta pública es ingreso perfecto para la Hacienda, para la sociedad y para el individuo. Por eso se quiso hacer de la renta de la tierra el impuesto único, aunque por razones equivocadas y procedimientos erróneos.

Nosotros no excluimos la necesidad, que ciertamente no tiene ley, de las contribuciones e impuestos imperfectos, o menos perfectos; pero excluimos los absolutamente imperfectos, que son aquellos que no versan concretamente sobre el "valor venal".

ADOLFO GARCÍA GONZÁLEZ

(De la carrera Judicial.)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1941.—*Interpretación de contrato.*

La sentencia contiene dos considerandos interesantes, que transcribimos a continuación: 1.º Que el principio de que debe restringirse lo odioso y ampliarse lo favorable que se alega como reconocido por una sola sentencia anterior al Código civil es más aplicable a la interpretación de las leyes que a la de los contratos, en que, por la contraposición de intereses, es natural que lo favorable para una parte sea odioso para la otra; y aun admitido que en este caso deba entenderse por odioso lo que es desfavorable al deudor, tal principio de Derecho sólo puede ser aplicado a falta de Ley exactamente aplicable, que, de existir, es norma preferente, como lo es en este caso el artículo 1.289 del Código civil, al resolver las dudas según la mayor reciprocidad de intereses, o sea la menor renuncia de derechos. 2.º Que en el primer motivo del recurso se aducen como documentos auténticos cartas cruzadas entre las partes acerca de un descuento de 2,50 por 100 sobre el precio de unas correas, y habiendo reconocido la Sala sentenciadora, con el Juzgado, la autenticidad de la carta en la que el demandado dice: "Sobre los precios anotados en su oferta, les recuerdo que conceden ustedes un descuento del 2,50 por 100, según conferencia telefónica con el Sr. Mas en Bilbao", contestando la parte demandante, según reconocen también la Sala Sentenciadora y el Juzgado: "Hacemos constar otra vez lo que nuestro Sr. Mas les dijo ya verbalmente", palabras sobre las que la parte actora no ha dado ninguna explicación, es de apreciar, por la convergencia de estas manifestaciones, la existencia de un acuerdo entre ambas partes respecto al referido descuento, tanto más si se tiene en cuenta que, de apreciarse oscuridad en la contestación de la casa actora, esta oscuridad no debería favorecer a quien la ocasionó, según el artículo 1.288 del Código civil.

SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1941.—*Cesión de una hipoteca legal.*

Ramón García de Blanes, demandado, constituyó una hipoteca legal sobre una finca de su propiedad a favor de su cónyuge, doña Margarita Pacheco, también demandada, para garantizar la restitución del precio de bienes parafernales que ésta le entregó. En un juicio contra ambos cónyuges sobre pago de cantidad se llegó a la subasta de dicha hipoteca legal, que fué adquirida por el causante de la demandante e inscrita a su nombre. La demandante reclama en el presente pleito la satisfacción de su crédito hipotecario, constante todavía el matrimonio. El Tribunal de instancia estimó la demanda. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia recurrida. "Los créditos hipotecarios, como todo otro derecho de índole patrimonial susceptible de ser objeto de contrato y de transmisión mediante el mismo con arreglo al artículo 1.271 del Código civil, pueden ser enajenados o cedidos a un tercero. Y así expresamente lo declara el artículo 150 de la Ley Hipotecaria. Mas la propia Ley excluye inequívocamente de aquel precepto permisivo a los créditos o derechos asegurados con hipoteca legal al disponer, con términos precisos y manifiesta finalidad prohibitiva, en su artículo 152, "que no podrán ceder sino cuando haya llegado el caso de exigir su importe y sean legalmente capaces para enajenarlos las personas que los tengan a su favor", disposición cuyo fundamento racional y jurídico responde a la necesidad de mantener prácticamente contra posible amañeo la garantía especial que la Ley quiso establecer con las hipotecas de la indicada clase; de donde sigue que si los bienes que la mujer casada entrega a su marido en concepto de parafernales cabe que sean enajenados, aunque se aseguren con hipoteca legal, no ocurre lo mismo en lo relativo a ésta, puesto que afianza un crédito posible, pero no actual, sobre los bienes del marido, siendo aquél inalienable e intransmisible mientras la responsabilidad que asegura no se produzca y sea exigible. Lo que antecede indica que, con error, entendió el Juzgador de instancia que dentro de nuestro Derecho son sin limitación enajenables las hipotecas legales, ya que a que se entienda así se opone el precitado artículo 152 de la Ley Hipotecaria. Y aunque contra el sentido y eficacia de este precepto no cabría de modo alguno que prevaleciese la resolución de la Dirección de los Registros de 20 de enero de 1914, de la que en la sentencia recurrida se deduce aquel contrario parecer, ésta, después de reconocer que la efectividad de la hipoteca constituida por el

marido para asegurar la restitución de los bienes parafernales está subordinada a los preceptos que regulan los casos y forma de devolución de los bienes dotales inestimados, sólo considera que asiste a los acreedores de la mujer la facultad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de aquélla mediante anotación preventiva de embargo de la hipoteca por parafernales ordenada en providencia judicial en virtud de fundamentos legales que sustancialmente caen fuera del alcance de la calificación del Registrador, caso y supuestos distintos, como concretados a un mero aseguramiento preventivo de los de cesión o enajenación, que, según queda dicho, estima equivocadamente la Sala sentenciadora de instancia, amparando su criterio en la referida resolución, que son válidamente posibles tratándose de las hipotecas legales. Si, como queda apreciado, no se pueden ceder o transmitir válidamente los derechos o créditos asegurados con hipoteca legal sino cuando ha llegado el caso de exigir su importe, porque así de manera terminante lo dispone la Ley, la misma razón preceptiva se ha de oponer a quien, contraviniéndola, haya logrado la adquisición de tales créditos o acciones, fundándose en ellos antes de que sean exigibles, toda vez que, siendo las acciones los derechos en ejercicio, la prohibición legal que impide que aquéllos se adquieran no ha de autorizar que éstas se ejerciten, y por ello, al estimarse en la sentencia recurrida la acción de la actora, fundada en un derecho asegurado con hipoteca legal y ejercitado cuando aún no había llegado el caso de ser exigible aquel derecho, ha infringido la Sala de instancia el artículo 152 de la Ley Hipotecaria. Además, es fundamental en materia de cesiones o enajenaciones contractuales (y así lo declara respecto a los créditos hipotecarios el artículo 150 de la Ley Hipotecaria), que el cesionario o adquirente se subroga en los derechos del cedente o transmitente, de suerte que, aun prescindiendo de lo que con antelación va considerado, no puede adquirir la actora respecto a la efectividad del crédito hipotecario rematado por su causante más derechos y acciones que los que asistían a la acreedora doña Margarita Pacheco, ni someter al marido hipotecante a obligaciones distintas de las que aseguró mediante la hipoteca. Y como los bienes muebles que la mujer aporta en concepto de parafernales continúan sometidos a su dominio, quedando el marido obligado a la restitución, la cual ha de hacer al disolverse o anularse el matrimonio, habiendo de ser devueltos los mismos bienes en el estado en que se encuentran o los que los hubieren sustituido, salvo fortuita destrucción, o su precio cuan-

do así procediere—todo según se halla regulado en los artículos 175 y 179 de la Ley Hipotecaria, 1.390 y del 1.369 al 1.380 del Código civil— la hipoteca legal que el marido ha de constituir para garantía de la expresada restitución en los casos en que deba verificarse, no asegura más que un crédito posible y futuro, cuya determinación en su caso y día no depende ni necesita de la previa liquidación de la sociedad de gananciales, ni faculta a la mujer en virtud de precepto alguno para imponer la práctica judicial de aquélla. Por todo ello, y especialmente porque al condenar a los demandados a hacer efectivo a la demandante el importe de la hipoteca vino la Sala de instancia a desnaturalizar la obligación de restituir los parafernales, convirtiendo la garantía o hipoteca de seguridad en deuda cierta. Por tanto, es visto que, al hacer los pronunciamientos que contiene su fallo, incidió en infracción de los preceptos sustantivos que antes se dicen, citados por los recurrentes."

SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1941.—*Perfección e inmoralidad de un contrato.*

El demandado y hoy recurrente suscribió con fecha 8 de mayo de 1928 el documento privado fundamento de la acción ejercitada en la demanda, en el cual se hace constar que, habiendo propuesto el que lo firma, y que es de estado casado, a la señorita y actora M. I. P. terminar las relaciones de índole amorosa e íntimas que venían sosteniendo hacia varios años, no ha tenido inconveniente ésta en acceder a su deseo, a condición de que el demandado deposite en el Banco del Río de la Plata, de Madrid, la suma necesaria para que durante dos años pueda la referida señorita retirar mensualmente la cantidad de 2.000 pesetas para sus gastos en la República Argentina, comprometiéndose dicho señor a depositar tan solo la suma de 24.000 pesetas, por no convenirle movilizar una cantidad tan considerable, sin perjuicio, una vez ésta se haya consumido, de abonar directamente durante otro año más, y en las mismas condiciones, la cantidad de 2.000 pesetas mensuales; pero entendido que su obligación queda liberada por el hecho de residir la demandante, habitual o accidentalmente, en Europa, por más o menos tiempo, durante el plazo de dos años. El consentimiento de la actora está demostrado por el hecho de la aceptación del documento y legitimación notarial del mismo, realizada a su instancia, no menos que por el de su salida para América y cobro o percepción de la mitad de la suma en que consistía el objeto del

propio documento. El demandado sólo cumplió la obligación consistente en la entrega de 2.000 pesetas mensuales durante el primer año de vigencia del contrato, sin que por parte de la demandante hubiera existido infracción de sus obligaciones. La Sala de instancia declara resuelto el contrato originario e impone al demandado la obligación de indemnizar a la actora la cantidad de 24.000 pesetas. El recurso tuvo éxito. El recurrente denuncia la infracción de los artículos 1.261, número 1.º, y 1.262 del Código civil al estimar la sentencia recurrida la existencia de un contrato que, a juicio del recurrente, no llegó a ser perfeccionado, ya que el documento de 8 de mayo de 1928 no contiene manifestación alguna de aceptación de su contenido, y esa falta no puede suplirse por actos posteriores, desde el momento que el Código exige que la oferta y la aceptación se manifiesten en el mismo acto. Este motivo debe desestimarse, puesto que, de un lado, no es necesario que las declaraciones de voluntad que integran el contrato como negocio jurídico bilateral, en tesis general, sean expresas, sino que cabe, mientras la Ley no exija otra cosa, que se hagan tácitamente por actos de los que se infiera en forma inequívoca la voluntad de concluir el negocio, y porque, de otro lado, supone la celebración de un contrato como normal y corriente una cierta sucesión cronológica de la oferta y de la aceptación, de tal modo, que basta para la perfección del mismo con que la declaración de aceptación se emita estando subsistente la oferta, según lo da a entender claramente el artículo 1.262 del Código al decir que el consentimiento existe cuando concurren oferta y aceptación. En cambio, hay que estimar el segundo motivo, que sostiene la infracción de los artículos 1.261, números 2.º y 3.º, en relación con 1.271 y 1.275, todos del Código civil. La causa del contrato está constituida para la actora por la obligación contraída por el demandado de entregarla 2.000 pesetas mensuales durante dos años, y para éste por la que contrajo la actora de terminar las relaciones amorosas mantenidas hasta entonces, así como la que, con carácter más secundario, y para facilitar dicha finalidad, se estipuló también de permanecer fuera de Europa durante dos años. En méritos de lo expuesto resulta indudable que, a condicionar la parte actora la ruptura de un estado no sólo anormal, sino contrario a las leyes y a los dictados de la moral menos exigente, a la entrega de una cantidad, prevaleciéndose de la sugestión e influencia que ejercía sobre la voluntad de la otra parte, equivale a contratar sobre un acto inmoral e ilícito, estipulando el pago de cantidad determinada a cambio de una obligación de hacer, consistente en dejar a aquella parte en

libertad para el cumplimiento de sus deberes legales, lo cual no puede menos de viciar esencialmente el objeto y la causa del contrato. Y al no haberlo entendido así el Tribunal sentenciador, incide en las infracciones legales denunciadas en el recurso, en cuanto valora equivocadamente y disocia los elementos del negocio jurídico, desconociendo que para discernir la licitud o ilicitud del objeto y de la causa contractual hay que atender no a las obligaciones secundarias o accidentales que puedan estipularse, sino a las que tengan carácter principal en relación con el fin del convenio, debiendo ser contempladas esas prestaciones u obligaciones que integran la causa en los contratos onerosos, según el artículo 1.264 del Código civil, no como separadas e independientes entre sí, sino en su mutuo engranaje, ya que la relación de causalidad que liga a las recíprocas obligaciones, posiblemente irreprochables en la consideración aislada de sus respectivos objetos, puede hacer, y hace sin duda alguna en el presente caso, intolerable e inmoral el negocio.

La sentencia que tenemos a la vista establece como premisa mayor de sus argumentaciones el principio de que una persona actúa inmoralmente si hace o deja de hacer por dinero lo que debe hacer o debe dejar de hacer por imposición legal sin contraprestación alguna. La sentencia cita a este efecto la Ley 47, título XIV, de la Partida V, según la que hay "torpedad de parte de aquel que recibe la paga o la promisión quando le promete de pagar alguna cosa porque non furte, o non mate ome, o non faga acreljeo, o adulterio, o otra cosa semejante destas, de aquellas que según natura, o según derecho, todo ome es tenuto de guardarse de las facer..., ca mucho ea cosa desaguisada, de recibir ome ningún precio por non facer aquello que él por sí mismo es tenuto naturalmente de guardarse de lo facer". Esta premisa mayor es en sí, sin duda alguna, acertada. Pero se puede discutir su aplicabilidad en el caso concreto. Si la *mujer del demandado* pagase a la querida de su marido una cantidad de dinero para que ésta terminara sus relaciones adulterinas, alejándose, por ejemplo, del domicilio del matrimonio, la inmoralidad sería evidente. Pero en nuestro caso se compromete el *marido* a pagar cierta cantidad, es decir, una de las dos personas de cuya voluntad depende la existencia o la interrupción de las relaciones amorosas. Si el marido quiere terminarlas—y así parece serlo en nuestro caso—, no necesita comprar la conformidad de su querida. Basta con terminarlas él por su propia voluntad. Si, por tanto, promete dinero a la otra parte de la relación adulterina, no se trata de la contrapresta-

ción para que ella rompa las relaciones. La verdadera naturaleza de la prestación de la querida depende de las circunstancias. Desde luego constituye una de sus obligaciones la de alejarse de Europa. No sabemos si se trata de la obligación principal, porque el marido teme reincidir, o teme escándalos, o quiere ausentar de su esfera un recuerdo desagradable. Sólo en la segunda hipótesis podría tratarse de un contrato nulo por ser inmoral o anulable por intimidación. También puede representar la obligación de ir a la Argentina una obligación accesoria, pagándose el dinero por los servicios inmorales ya prestados. En este caso nos encontraríamos, en efecto, con un contrato inmoral. Lo único que creemos poder sentar con seguridad es que la prestación de la demandante no consistía en la interrupción de las relaciones amorosas, siendo ésta más bien el efecto obligado de la actitud del demandado. Finalmente, sea dicho que no es inmoral la obligación de una persona de no residir en un sitio determinado, siempre que se trate de un tiempo limitado. (Así, el Tribunal Supremo alemán en una sentencia del año 1915: véase *Reichsgerichtsrätetommentar*, ed. 7.^a, 1929, § 138, I, A, d. pág. 219.)

SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1941.—*Interpretación de contrato.*

Entre las partes se celebró un contrato, cuya validez ha sido reconocida por el Tribunal de instancia, extremo que no ha sido recurrido. El contrato señala dos motivos que no podrán motivar la disolución del convenio, que son la incompatibilidad de caracteres y otras causas análogas y las pérdidas sufridas en el negocio; y otros dos motivos que podrán terminarlo, y que el documento expresa textualmente con las palabras "mientras que el negocio no se pusiera en liquidación o se efectuase su venta". El demandado, socio capitalista, ha vendido el negocio a su hermano, pactándose que si después de cubierto el capital impuesto por el demandado resultara un sobrante, el socio industrial, que es el demandante, y que no intervino en la venta, tendría derecho a una participación de un 33 por 100. El demandante pide indemnización de daños y perjuicios. La sentencia de la Audiencia de Valencia desestimó la demanda. El recurso tuvo éxito. El Tribunal Supremo rechaza la aplicación del artículo 1.281 del Código civil por no ser absolutamente claros los términos del convenio. La interpretación debe, por tanto, inspirarse en la naturaleza del convenio, así como en la intención de los contratantes y en el objeto y fin que se propusieron. Ahora bien: las partes desea-

ban dar al contrato cierta estabilidad, como se desprende de la cláusula que excluye como posibles motivos de disolución la incompatibilidad de caracteres y el temor de pérdidas. Esta firmeza desaparece si el demandado podía disolver unilateralmente el contrato mediante la venta del negocio. Además, se hizo la venta para sustraerse a las pérdidas que pudieran sobrevenir. Finalmente, debe intervenir el demandante en un contrato que le afecta, como la venta del negocio, ya que, en caso contrario, podría resultar perjudicado. Por todas estas razones, la sentencia recurrida ha infringido los artículos 1.256 y 1.258 del Código civil.

LA REDACCIÓN

V A R I A

HIKMET BELBEZ.—“Die Schiffshypothek nach türkischem Recht”. (La hipoteca naval según el Derecho turco), en *Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht*. Heft 18. Stuttgart. Ferdinand Enke, 1939, págs. 64.

Hasta 1864 carecía el Derecho marítimo turco de una codificación. Sin embargo, no se reglamentaba por el Derecho religioso islámico, como el Derecho privado en general; más bien regían costumbres adoptadas en parte de los ordenamientos jurídicos extranjeros. En 1864 se promulgó el primer Código de comercio turco, que constituye una imitación del Derecho francés (y en su sección sobre los “pasajeros”, una imitación del Derecho holandés). Esta Ley desconocía, como el *Code de commerce* del 15-IX-1807, la hipoteca naval. Pero mientras que Francia publicó leyes especiales sobre dicha materia (del 10-VII-1885, sobre *l'hypothèque maritime*, y del 19-II-1889, sobre los derechos de los acreedores privilegiados del buque y los titulares de hipotecas navales), no le seguía Turquía en este aspecto. La nueva Turquía empezó la reforma de la Justicia a partir de 1926. Introdujo el Derecho civil suizo y el Derecho marítimo alemán. El Código de comercio marítimo turco data del 16 de mayo de 1929. Las diferencias entre el Derecho alemán marítimo y el Derecho turco son, sin embargo, de cierta importancia. Por un lado, interesa en Alemania la navegación de alta mar, mientras que Turquía posee principalmente una navegación de cabotaje. Por otro lado, descansa el Derecho marítimo sobre el Derecho civil y procesal, los cuales provienen en Turquía de Suiza y no de Alemania. Además, está gran parte de la navegación marítima turca en manos del Estado; y, finalmente, está dotado el Registro naval turco de efectos ilimitados de publicidad, encontrándose ambos extremos en oposición al Derecho alemán.

El libro de Hikmet Belbez se ocupa de la hipoteca naval, cuya reglamentación es muy deficiente en el Derecho turco, y relata también las reformas planeadas acerca de esta materia. La hipoteca naval es, según el Derecho turco, el gravamen de un buque en forma tal que debe pagarse a la persona beneficiada por el gravamen una cantidad determinada de dinero para satisfacer un crédito que le corresponde con los medios del buque. Dicha hipoteca posee un fin meramente garantizador: es accesoria y constituye un derecho real. Confiere al acreedor un derecho exclusivo al precio del buque dimanante de la subasta. El acreedor hipotecario no tiene un derecho a poseer el buque. En el Derecho alemán, la mal llamada hipoteca de buques constituye en realidad una prenda sobre muebles. En el Derecho turco, en cambio, se trata efectivamente de un derecho real sobre inmuebles. En la ejecución forzosa, así como en la quiebra, se reputan los buques como cosas inmuebles. La transmisión de la propiedad de un buque requiere la inscripción en el Registro naval, que es equiparado al Registro de la Propiedad y produce efectos contra terceros. La hipoteca naval nace mediante un acuerdo y la inscripción en el Registro naval. Las proposiciones *de lege ferenda* tienden en parte a legalizar la situación jurídica prácticamente ya existente, en parte a facilitar el crédito naval. Respecto al primer extremo, conviene el reconocimiento expreso de los efectos del Registro naval contra terceros; en lo que hace al segundo punto, se tiene pensado introducir la hipoteca naval *de tráfico*, mientras que hasta ahora sólo existe la *de seguridad*. Un apéndice contiene una traducción de los preceptos referidos del Derecho turco.

Del Derecho constitucional alemán al Derecho constitucional europeo.

El profesor de la Universidad de Kiel, Dietze, diserta en la Revista *Deutsches Recht* (1941, págs. 801 y sigs.) acerca del interesante tema que nuestro título indica. Dietze concibe el desarrollo actual de Europa como análogo al desarrollo de Alemania antes del advenimiento del Nacionalsocialismo y durante su lucha por el Poder. El estudio de Dietze se divide, por tanto, en tres partes: en la primera describe la situación alemana; en la segunda expone lo que él llama "el gran paralelo", y en la tercera esboza los rasgos esenciales del Derecho constitucional europeo.

I. Antes de la llegada del Nacionalsocialismo al Poder, Alemania

se encontraba en una situación desastrosa. El Estado de Weimar era un Estado neutral, es decir, un Estado que no intervenía en la lucha de las concepciones del mundo ("Weltanschauungen"). El efecto de esta actitud, típicamente liberal, era un pluralismo perjudicial de partidos, concepciones e ideologías. El pueblo alemán se hallaba escindido en un sinnúmero de diferentes grupos, que no tenían nada de común los unos con los otros. No existía en absoluto una auténtica unidad o una verdadera comunidad. Para conjurar la anarquía, no había para el Estado de Weimar más remedios que el compromiso o la dictadura. Ambas soluciones son sólo provisionales, ya que no superan la anarquía, sino que la disfrazan. En efecto: podemos distinguir en la vida del Estado de Weimar una época de compromisos y otra de dictadura. En la primera época no podía legislarse a base de una gran concepción unitaria, puesto que el proyecto propuesto por un partido podía sólo llegar a ser ley después de haberle despojado los demás partidos, cuya aprobación era necesaria para el logro de la mayoría parlamentaria suficiente, de sus características ideológicas opuestas, o, al menos, no acordes con las ideologías de estos mismos partidos. La época de la dictadura se apoyaba sobre el célebre artículo 48 de la Constitución de Weimar, que permitía en ciertos casos gobernar al presidente de la República mediante decretos-leyes, época caracterizada por la persona de Brüning. El Nacionalsocialismo se dió cuenta de la situación histórica de Alemania, y comprendió que la única verdadera solución consistía en la creación de una auténtica comunidad. El Derecho de esa nueva comunidad había de ser el Derecho germánico, en oposición al Derecho romano, ajeno a la medula del carácter alemán. Así lo proclama el Punto 19 del Programa del Partido. Ya antes de la llegada del Nacionalsocialismo al Poder constituía el Partido un "Estado dentro de la anarquía", un "Staat im Unstaat" (Göbbels), caracterizándose esta comunidad, entre otras cosas, por su estructura jurídica. Después del advenimiento completamente legal del Nacionalsocialismo, se proyectaba la constitución del Partido sobre la vida en Alemania entera, puesto que "todo lo que se necesita para un Estado se hallaba ya en el Partido". La Constitución de Alemania se hizo a imagen y semejanza de la constitución del Partido. También sigue siendo el Partido la potestad encargada de la renovación del Derecho, puesto que el Partido es una entidad soberana que no deriva su existencia del Estado.

II. La situación europea revelaba las mismas características que

Alemania antes del triunfo del Nacionalsocialismo. Europa no era sólo un Estado neutral, sino ni siquiera un Estado. El pluralismo imperaba, por ende, dentro de sus fronteras. En Europa se defendían promiscuadamente ideologías liberales, democráticas, fascistas, nacionalsocialistas, comunistas, etc. No había ni unidad, ni comunidad. Las consecuencias inevitables del compromiso y de la dictadura no faltaban. Los compromisos se exteriorizaban en la política de pactos, a la que, sobre todo, era tan aficionada Francia. ¡Piénsese en pactos entre países tan dispares como Francia y Rusia! La dictadura fué ejercida por Inglaterra, que aprovechó (y provocó donde pudo) la discordia y el pluralismo continental. Así corresponde a la lucha de clases dentro del país, la lucha de los pueblos fuera de él. Sólo Alemania e Italia forman hoy una verdadera comunidad, como antes en Alemania sólo la formaba el Partido. Y Alemania e Italia luchan hoy día para establecer esta comunidad en Europa entera, como un "rocher de bronze". Este esfuerzo se realiza, como la lucha paralela en el interior de Alemania, en las formas de la legalidad. Alemania combatió el espíritu de Versalles siempre por medios legales y sólo mediante ellos. Aun la presente guerra no interrumpe propiamente el principio de la legalidad, ya que se observan, de parte del Reich, todas las reglas internacionales referentes a la guerra. La nueva comunidad se organizará en las formas jurídicas germánicas. Compárese, sobre esta cuestión, un artículo de Frank (1), que dice así: "Cuando el Führer incluyó, en el programa de la N. S. D. A. P. del 24 de febrero de 1920, el punto 19, que exigía la sustitución del Derecho romano, que sirve al ordenamiento materialista del mundo, por un Derecho de comunidad alemán, parecía poseer este principio sólo una importancia para la reforma de la política interior. Hoy día se debe dar a dicho principio el significado fundamental de una última forma de la organización estatal de la vida en común de los pueblos de este Continente: la que surge de la historia europea de las comunidades. La revolución nacionalsocialista se pone en marcha para conseguir, en colaboración muy íntima con la Revolución fascista, un significado general y mundial mucho más allá de la transformación interiormente importante del orden interno de los pueblos de Alemania e Italia." Finalmente, no deja de desempeñar, en esta

(1) "Das neue Deutsche Recht als Grundlage völkischer Stärke, en el *Homenaje a la Academia Alemana* del 5 de mayo de 1940, pág. 7.

lucha europea un papel importantísimo el Partido, dotado de una propia organización de política exterior. Mientras que en el interior de Alemania surgía el problema: "Partido y Estado", surgirá, en lo porvenir, para el mundo exterior la cuestión: "Partido y mundo".

III. Dietze expone, al principio, la situación geográfica de Alemania, para resumirla en el adagio de que "Alemania es el corazón de Europa". A continuación (p. 807), sigue: "Pero, más allá de estas condiciones geográficas, es decisivo hoy día el gran ejemplo de la unificación interior alemana, que ha empezado a producir efectos a través de las fronteras alemanas, con una intensidad que hasta ahora no se produjo nunca. Este ejemplo, y hasta modelo, que la Alemania nacionalsocialista ha dado al mundo ha entrado en la fase de su comprobación europea. Puesto que la pretensión de dirigir a Europa, para cuyo logro Alemania guerrea, se basa exclusivamente sobre los grandes servicios que el Nacionalsocialismo ha prestado hasta ahora en el interior del Reich". La finalidad es la de dar a Europa una constitución, es decir, una "estructura de conjunto en la que todas las fuerzas políticas se hallan reunidas en una unidad" (Huber). "Así como la Revolución nacionalsocialista llegó a ser modelo en general para Europa, así se presenta como paradigma el concepto nacionalsocialista de la Constitución. Y como el Movimiento nacionalsocialista estructuró al pueblo alemán, mediante una nueva Constitución, crea hoy día el Imperio alemán, dirigido por el Nacionalsocialismo, una nueva Constitución para el Continente europeo. La Constitución alemana es precursora de la Constitución europea, del mismo modo que la Revolución alemana significó el principio de la Revolución europea. Y como la Constitución alemana estriba exclusivamente en los principios jurídicos que han sido desarrollados y probados por primera vez en el Movimiento nacionalsocialista, así también la Constitución europea, que está a punto de nacer, se inspirará en estos principios" (1): El primer principio fundamental, básico para la nueva Constitución, será el principio de la comunidad. La comunidad es dominada por la concepción, en virtud de la cual "la utilidad común debe anteponerse a la utilidad individual". Con facilidad se comprende las consecuencias de la expresada concepción para la situación insostenible actual, en la que unos pocos pueblos poseen todas las riquezas y todos los otros carecen de lo más

(1) Véase Dietze: l. c., pág. 809.

preciso. En este aspecto se impone cierta igualdad. Por otro lado, no se trata nunca de una igualdad absoluta, casi matemática, de todos, sino de la aplicación del gran adagio "suum cuique". La diversidad de la vida debe expresarse también en una diferenciación justa en la esfera jurídica. Cada pueblo posee una "posición de miembro de la comunidad" (*Gliedstellung*). Un pueblo no debe considerarse como aislado y en oposición hostil a todos los demás, sino como miembro responsable de la comunidad de los pueblos. El segundo principio fundamental es el de la dirección, del caudillaje (*Führung*). La dirección de Europa corresponde a los pueblos fuertes. Alemania e Italia han revelado, por el modo de resolver sus problemas interiores, que son capaces de dirigir a Europa. No es ninguna deshonra la de que pueblos débiles reclamen la protección de pueblos fuertes. El principio artificial de la igualdad de los Estados ha fracasado definitivamente. El Nacionalsocialismo realiza también importantes modificaciones en los problemas técnicos del Derecho internacional público. El Derecho internacional público no es un Derecho sólo entre Estados, sino un Derecho entre los pueblos. Así corresponderá su contenido a la denominación alemana, que fué siempre la de *Völkerrecht*, es decir "Derecho de los pueblos". Este apartamiento del Estado se encuentra ya en el Derecho político nacionalsocialista. En él se concibe al Estado como un mero aparato destinado a servir al verdadero titular de la soberanía, que es el pueblo. Finalmente, superan las nuevas concepciones el problema de la transformación de Derecho internacional en Derecho nacional. Este problema descansaba sobre el hecho de que el Poder Ejecutivo, que dirigía la política exterior, era diferente del Poder Legislativo, que establecía el Derecho interno. Por tanto, fué preciso un proceso especial para convertir el Derecho internacional en Derecho interno. Hoy día ambos Poderes coinciden, y, en consecuencia, desaparecen todas las dificultades del mencionado tipo.

ENRIQUE GIMÉNEZ ARNÁU. — *Tratado de legislación hipotecaria*. — Tomo I. Ediciones Españolas. Madrid, 1941 (208 págs.).

Por vía de descanso a los agobiadores trabajos que en los últimos años el Estado Nacional ha confiado al Sr. Giménez Arnáu, emprende nuestro ilustre colaborador la publicación del Tratado en que nos da,

como afirma su *prologuista*, el conocido profesor de Zaragoza don L. Sancho Seral, "una clara muestra de su preparación y de su afición a esta clase de materias. Nieto de Notario, hijo de Notario, Notario él mismo, hay en su inclinación y gusto por los problemas del Derecho inmobiliario, como un culto tradicional, como una obediencia a un destino, como la decantación cada vez más cuidada y más fina de un poso jurídico hereditario".

En efecto: la simple lectura del libro pone de relieve tres notas *familiares* que vamos a examinar rápidamente: 1.^a La afición al castellano sencillo y claro; 2.^a La sinceridad simpática del *maño*, y 3.^a La defensa tenaz de los valores nacionales.

1.^a Sin abrumar al lector con otra erudición que la precisa, el autor desenvuelve su pensamiento con frase galana, que ha de parecernos más sabrosa a los que hemos pasado el Rubicón que a los infelices estudiantes que confían tan sólo en su memoria para sufrir con serenidad los trances de la silla eléctrica. El libro no está hecho con vistas a la "preparación elemental y memorista"; no es una colección de discos.

2.^a Como obra de juventud y de prosapia aragonesa, tiene expresiones que en la pluma del autor encontramos enérgicas y graciosas, pero que en boca del opositor nos resultarían atrevidas. Por ejemplo: "absoluta impropiedad técnica", con referencia a la Exposición de motivos de la L. H.; "agentes y zurupetos competidores desleales de la función notarial"; "afán crematístico del encargado de la oficina hipotecaria"; "interpretación errónea (convertida en práctica abusiva) de los artículos 21 de la Ley y 71 del Reglamento"; y no hablemos de la defensa, "en cierto modo *sofística*", porque dada la buena fe con que el señor Giménez Arnáu escribe, esta palabra equivale a *equivocada*.

3.^a Pero, sobre todo, cuando vibra el alma del autor es al defender los valores nacionales (función notarial, título, etc.), y al trazar una nueva línea de Sigfredo que nos impide conquistar las avanzadas del espíritu germánico. "Los concienzudos y prolijos estudios de la ciencia jurídica alemana"; la distinción "de tres momentos o elementos que una imaginación meridional difícilmente puede llegar a entender", y que podrían ser "tres mil", no entusiasman al apasionado hipotecarista que, a través del Registrador, deja ver demasiado al Notario.

No puede negarse que esta técnica sutil, que Savigny puso de relieve y el B. G. B. tradujo en preceptos, sufre en los actuales momentos,

como REVISTA CRÍTICA lo repite en todos sus números, los embates del Derecho popular. Pero, ¿a qué costa?

Kruse, el organizador del nuevo sistema hipotecario danés (denominado *Tinglysning*), razona como un Giménez Arnáu a los 60° de latitud. "Todavía más circunstancial y artificioso para una inteligencia nórdica (*nordische Auffassung*) resulta el ordenamiento jurídico alemán al formular la *regla del consentimiento*." Con ello viene a exigir tres declaraciones de voluntad (acuerdo, permiso, presentación), palabras mágicas que abren las puertas del Registro. Estas exigencias y la *autenticación notarial* son eslabones de la misma cadena que tiende a asegurar el paralelismo de la realidad y de los libros; mas esta seguridad es cara y artificiosa. Entre el cielo y la tierra pueden idearse muchas separaciones; pero no es natural, en una ciencia práctica como el Derecho, apuntar distingos y concebir preceptos para cubrir los casos excepcionales. Y en su virtud, Kruse consigna como defectos del sistema alemán: 1.º Que los contratos inscribibles hayan de ser *autenticados* por una oficina; 2.º Que la transferencia y la hipoteca hayan de seguirse ante un magistrado; 3.º El principio del consentimiento; 4.º Que sólo sean inscribibles los derechos reales y los incondicionados; 5.º Las prescripciones sobre cancelación; 6.º Que los derechos nazcan con la inscripción; 7.º El aparato burocrático de los Registros.

¿Gusta la reforma? Pues vamos allá, aunque el Registro nunca podría alcanzar los desenvolvimientos a que llegó en el primer tercio de este siglo.

Desenvueltos en el primer tomo los 35 temas del programa de Notarías de 4 de diciembre último, relativos a los principios generales del sistema hipotecario, a la inscripción y a sus efectos, examina el Autor en el segundo, que acabamos de recibir, los que tratan de la anotación preventiva, cancelación, hipotecas y derecho transitorio.

La exposición, con la claridad de siempre, se hace más objetiva y templada, si bien no faltan los *zarpazos*: "Después ha aparecido un acreedor territorial universal (Banco Hipotecario), al que hay que defender, aunque sea a costa de la propiedad territorial, porque actúa, a través de sus cédulas hipotecarias, con el dinero del ahorro español, y también acaso, porque, aunque se llamó Banco Hipotecario de España, el capital con que se constituyó era extranjero." (Pág. 32, nota 1.ª.)

"El redactor de la Ley se ha perdido entre el fárrago de conjunciones negativas y sin tener en cuenta que dos negaciones afirman y que una tercera negación vuelve a negar, ha hecho del texto que comentamos un *monstruo* gramatical intraducible." (Pág. 57).

Pero esta vivacidad nos pone en contacto con el mundo real y presta a las arideces hipotecarias insospechada lozanía.

Problemas hipotecarios en Alemania.

LA TRANSMISIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA DEL CRÉDITO INTERMEDIO AL CRÉDITO DEFINITIVO.—Con ocasión de una sentencia del "Reichsgericht" del 7 de marzo de 1940 (en *Akademie für Deutsches Recht*, 1940, págs. 182-183). hanse publicado en la prestigiosa Revista de la "Akademie für Deutsches Recht" dos interesantes artículos del profesor Boehmer (1. c., 1940, págs. 173 y sigs., 241 y sigs.) sobre las hipotecas refaccionarias. Normalmente intervienen en la refacción dos personas, que exigen garantías: la empresa de construcción y el verdadero prestamista; por ejemplo, un Banco hipotecario.

1. El crédito intermedio puede ser real, aunque ello constituye evidentemente la excepción. En esta hipótesis nace para el primer prestamista, por ejemplo, la empresa de construcción, una verdadera hipoteca en garantía de su crédito contra el propietario. Si después el propietario consigue el crédito definitivo (por ejemplo, el préstamo del Banco hipotecario), puede hacerse uso de la hipoteca ya establecida de dos maneras:

a) Si el crédito del Banco hipotecario coincide exactamente en cantidad, intereses, etc., con el de la empresa de construcción, el Banco hipotecario realiza el pago directamente a esta última, que le cede en cambio la hipoteca refaccionaria.

b) Normalmente discreparán ambos créditos. En este caso, paga el Banco hipotecario al propietario. Este satisface a la empresa de construcción. Con el cumplimiento de su obligación se convierte la hipoteca, según el conocido sistema hipotecario alemán, en una deuda territorial del propietario. Para que ésta pueda servir como garantía al Banco hipotecario, debe ser reconvertida en hipoteca, utilizándose como garantía para el crédito del Banco hipotecario. Este camino es bastante complicado y costoso.

2. Normalmente es el crédito intermedio de naturaleza ficticia. La

empresa de construcción no da ningún préstamo. Sin embargo, el propietario ya le concede una "hipoteca", para que la empresa se proporcione el dinero necesario, cediéndola al verdadero prestamista. La empresa posee en este caso una "hipoteca" para un crédito futuro. Antes del nacimiento de este crédito, la "hipoteca" es en realidad una deuda territorial del propietario. Entretanto, la empresa disfruta de una expectativa de hipoteca de la que puede disponer. Ahora bien: si el Banco hipotecario da a la empresa de construcción los medios necesarios, cediéndola ella en trueque la "hipoteca", lo que se cede en realidad es la expectativa de una hipoteca, que con la existencia del crédito del Banco hipotecario contra el propietario de la finca se transforma "ipso iure", y sin necesidad de un acto especial de conversión, en una auténtica hipoteca. La sentencia del "Reichsgericht", que dió motivo a estas discusiones, adopta en el fondo esta opinión. Sin embargo, hace falta para esta operación una doble inscripción: primero la de la empresa de construcción, y luego la del Banco hipotecario. En la práctica se elige con frecuencia un segundo camino que evita esta complicación. Se inscribe como acreedor hipotecario en el acto al Banco hipotecario, que se obliga a conceder un préstamo, sin haberlo ya concedido. Hasta que el Banco hipotecario cumpla con su obligación, existe una deuda territorial del propietario. La empresa de construcción, que ya se encarga de la refacción, recibe cedida la deuda territorial del propietario, así como la pretensión de éste contra el Banco hipotecario a que le confiera un determinado préstamo, hallándose la cesión de la deuda territorial bajo la condición resolutive del pago del préstamo por el Banco hipotecario a la empresa de construcción, en cuyo caso vuelve la deuda territorial al propietario para convertirse en una hipoteca a favor del Banco hipotecario. También suele cederse a la empresa de construcción el derecho del propietario a rectificar el Registro de Propiedad, caso de que no pague el Banco hipotecario. Esta operación sirve de la manera más sencilla a todos los interesados.

(Terminará en el número próximo.)

LA REDACCIÓN