

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVII

Enero de 1941

Núm. 152

Los buques ante el Registro Mercantil

INSCRIPCION EN LOS REGISTROS DE LOS DISTRITOS MARITIMOS, O COMANDANCIAS Y AYUDANTIAS DE MARINA

Las cada vez más intensas relaciones jurídicas, efecto del mayor tráfico marítimo, que descansan sobre la propiedad naval, requieren que muchas de las disposiciones vigentes, inarmónicas entre sí, se coordinen y concuerden con la realidad, haciendo posible la convivencia, aseguramiento y desenvolvimiento de instituciones que han menester de traducirse en asientos en los libros del Registro Mercantil, hasta que se unifiquen los procedimientos de inscripción evitando la dualidad de asientos referentes al mismo buque, determinando la jurisdicción de cada Registro, para lo que conviene distinguir entre los buques que exigen la publicidad sólo como condición de su dominio, y los que, por su valor, pueden y deben servir de garantía real; y, finalmente, para regular la intervención administrativa en la propiedad naval, sin menigua de las facultades del propietario, dictar disposiciones encaminadas a relacionar la institución mercantil del Registro y las peculiares funciones de las autoridades y organismos marítimos-administrativos, encargados de cuanto se relacione con la técnica de la propiedad naval. Y es que dentro del complejo de disposiciones vigentes (1), al pretender ve-

(1) Recientemente, entre otras disposiciones legales, se dictaron: Ley de 2 de marzo de 1938 sobre intervención por el Gobierno de los buques; Orden de 20 de mayo de 1938 sobre gerencia de buques incautados; Orden de 22 de julio de 1938 sobre reconocimiento de las embarcaciones mercantes; Ley de 27 de febrero de 1939 sobre constitución de hipotecas a extranjeros para la recuperación de nuestra flota; Decreto de 25 de mayo de 1939 sobre devolución de buques requisados; Ley de 2 de junio de 1939 sobre crédito naval, y Reglamento de 15 de marzo de 1940.

rificar la inscripción de títulos relacionados con actos sobre buques, surgen dificultades, que estimo exigen declaraciones del Poder, y entre esas situaciones especiales, considero que deben enumerarse las siguientes:

A) *¿Qué se entiende por buque para la inscripción en el Registro Mercantil?*—Del estudio de las disposiciones vigentes, creo que el concepto legal contenido en el artículo 148 del Reglamento del Registro Mercantil, no se aplica en muchos casos, porque: a) En la actual legislación administrativa, la distinción de las cinco listas de embarcaciones que se llevan en las Comandancias y Ayudantías de Marina (Provincia y Distritos Marítimos), buques de navegación de altura (primera lista), cabotaje nacional (segunda lista), destinados a la pesca (tercera lista), servicio de puerto (cuarta lista) y de recreo (quinta lista), establece distinciones que no se avienen con el concepto de buque mercante a que se refieren los artículos 573 del Código de Comercio y 1.^o de la ley sobre Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893; b) Porque la R. O. de 5 de junio de 1920 (*D. O. del Ministerio de Marina* de 12 de junio, número 131), distingue entre buques que por su tonelaje deben inscribirse en el Registro Mercantil, y buques que deben inscribirse en las listas de los Registros de las Comandancias de Marina, conforme al título IX de la Ordenanza de matrículas; c) La orden de 13 de marzo de 1933, que cita, entre otras disposiciones, las RR. OO. de 5 febrero de 1873, 9 diciembre de 1893, 3 septiembre de 1908, 6 octubre de 1915 y 8 agosto de 1924, distinguen entre buques de más de treinta toneladas de arqueo total, que exigen escritura pública, y de buques dedicados a la pesca litoral que no exceden de dicho tonelaje, y que no requieren escritura notarial en los segundos y posteriores cambios de dominio, distinción que no se aviene con los artículos 23 y 590 del Código de Comercio ni con el artículo 3.^o de la Ley de 21 de agosto de 1893.

Es decir, qué actualmente carecemos de un criterio fijo los Registradores para saber qué ha de entenderse por buque a los efectos de la inscripción, y por consiguiente, las naves que deben ser inscritas en el Registro Mercantil (1).

(1) El proyecto de Código de Comercio de 1927 considera como buques mercantes todos los que, con motor propio, se dedican al transporte, por vía marítima o fluvial, de personas o cosas, en navegación de altura o cabotaje.

B) *¿Dónde se inscriben los buques?*—Parece que esta cuestión es una pero grullada, planteada por un Registrador, y, sin embargo, es tan trascendente, que en las costas gallegas, tan abundantes en embarcaciones de pequeño tonelaje, motivó más de un pleito, alguno interesantísimo, por la dualidad de inscripciones referentes a un mismo buque, ya en el Registro Mercantil, ya en la Comandancia de Marina, ya entre asientos existentes en diferentes Registros Mercantiles.

Y es que, a pesar de lo que dicen los artículos 16, 22, 573, 575 y 612 del Código de Comercio; los 2.º, 147 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y el 14 de la ley sobre Hipoteca Naval de 1893, se inscriben con efectos *civiles plenísimos*, actos civiles y mercantiles, referentes a buques, en los libros de las Ayudantías y de las Comandancias de Marina. Ya hemos dicho que la R. O. de 5 de junio de 1920 (*D. O. del M. M.* del 12 de junio, núm. 131), y en general toda la legislación referente a Pósitos Marítimos, regulan esas inscripciones en los libros de las Comandancias con efectos frente a asientos existentes en el Registro Mercantil, y la Dirección de los Registros, rendida a la evidencia, tuvo que publicar la Circular de 26 de septiembre de 1930, sobre cargas provenientes de los asientos de las Ayudantías de Marina.

A este propósito, el infrascrito defendió con éxito, en nombre del Pósito de Pescadores de Cangas de Morrazo, una interesante tercería de mejor derecho, fundada en los asientos existentes en el Registro de las Comandancias de Marina, frente al contenido del Registro Mercantil, y el Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de noviembre de 1927, tuvo ocasión de referirse a esta cuestión.

Y no se diga si se piensa que, al lado de estos dos Registros, independientes, se pueden colocar el que se lleva en los Consulados de España en el extranjero (art. 17 ley Hipoteca Naval), el Registro que lleva el buque a bordo (regla 8.ª del art. 580 y arts. 583 y 612, regla 1.ª, del Código de Comercio), y hasta un Registro internacional, como el Lloyd Register, Bureau Veritas, British Corporation, Germanischer Lloyd, porque asientos extendidos en estos Registros en épocas diferentes y por diferentes personas, producen una concurrencia de derechos, de difícil estimación legal.

¿Y cómo pueden regularse en su preferencia, los varios actos tránsitivos y de gravamen sobre los buques, allí donde, como debe de suceder en los libros de las Ayudantías o Distritos Marítimos, se llevan

éstos sin formalidades jurídicas, y sin Diario de presentación de documentos? ¡Pero si aun en el orden hipotecario, la *liquidación de cargas* constituye un trámite complejísimo, que sólo cabe practicar y determinar por Juristas muy versados en Derecho sustantivo y procesal! De ahí que se proponga que las cargas reales deban constar en el Registro Mercantil, llevado por un funcionario jurídico, aunque se respete, por ahora, la jurisdicción de los Distritos Marítimos para operar los simples actos de transmisión dominical pura de los buques de todas clases.

Desconozco el régimen interno del Registro de los Distritos Marítimos, pero cualquiera que sea, sus asientos, al estar en contradicción con los existentes en el Registro Mercantil, crean situaciones de difícil solución.

A, dueño del buque "Z", inscrito en la Comandancia de R, comete un abordaje y es procesado por la jurisdicción de Marina, la que dispone el embargo del buque, y se extiende anotación en el Registro de la Comandancia; N, acreedor de A, promueve embargo preventivo y anota su derecho sobre dicho buque en el Registro Mercantil, y H, en garantía de un préstamo, inscribe su hipoteca naval en dicho Registro. El buque "Z", que entra en reparaciones en un astillero, es retenido por el jefe de taller por falta de pago, y por los obreros en garantía de los jornales devengados (art. 55, núm. 1.º, Ley de 21 noviembre de 1931), y, además, el propietario A se halla al descubierto que expresa el artículo 31 de la Ley de 21 de agosto de 1893. Acordada la venta del buque a instancia del asegurador, ¿cómo se regula la preferencia de los créditos, conforme al número 8.º del artículo 580 del Código de Comercio, en relación con los 582, 837, 838 y concordantes de dicho texto legal, teniendo en cuenta que esos gravámenes constan, inscritos unos, anotados otros, en diferentes Registros? Y si el barco aparece inscrito en más de un Registro Mercantil, supuesto que puede darse, por no estar claramente determinado el Registro donde debe hacerse la inscripción, ¿cómo se determina la preferencia entre los acreedores?

Y todas estas cuestiones presuponen, para que el Registro de los buques—ya se lleven en el Registro Mercantil propiamente dicho, ya en el especial de la Comandancia de Marina, ya en ambos (art. 16 de la ley de Hipoteca Naval de 1893)—sirva de norma para regular la preferencia de las cargas y la determinación de la propiedad, la resolución de arduos problemas de derecho (capacidad de los otorgantes, validez de las obligaciones, formalidad de los actos, competencia de los funcio-

narios, ordenación formal de los asientos, requisitos externos de éstos, autenticidad de los libros, organización del archivo, etc., etc.), que sólo funcionarios muy versados en leyes pueden decidir.

Ya la exposición de motivos del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919, comentando el artículo 32 del Código de Comercio, decía que siendo necesaria la condición de Letrado para el desempeño de las funciones de Registrador Mercantil, por el carácter jurídico que tiene el Registro y por la calificación de documentos que ha de hacer el Registrador, natural es que sean los Registradores de la Propiedad los que sigan desempeñando el cargo, ya que sus funciones son análogas y que han ingresado por oposición, y conviene al servicio público aprovechar la práctica y la experiencia de estos funcionarios, adquirida en los treinta y tres años que el Cuerpo de Registradores de la Propiedad hoy cincuenta y cinco años—lleva encargado del servicio del Registro Mercantil.

C) *Jurisdicción del Registro Mercantil.*—El artículo 16 del Código de Comercio dice que en todas las capitales de provincia se abrirá un Registro Mercantil, que en las del litoral o en las interiores que tengan servicios de navegación constará de un tercer libro destinado a la inscripción de los buques; el artículo 2.º del Reglamento del Registro Mercantil dice: “la inscripción de los buques se efectuará en el Registro Mercantil, o en el Registro de buques, en su caso, correspondiente a la Comandancia de Marina de la provincia en que estuvieren matriculados”. Por ello, todos los buques matriculados en una provincia—¿administrativa, marítima?—se inscriben en el Registro Mercantil de la provincia en que están matriculados.

Ahora bien: si la provincia se refiere a *provincia marítima*, conforme a la división de España en provincias y Distritos Marítimos, hecha por Decreto de 9 de noviembre de 1935 (*Gaceta* del 22 de diciembre: *Colección Legislativa*, págs. 587 a 591), se dará el caso de que por figurar el litoral de la provincia de Lugo incluido en la provincia marítima de La Coruña, parte del litoral de La Coruña en la provincia marítima de Pontevedra, el litoral de la de Granada en la provincia de Málaga, y el de Castellón en Valencia, y el de Gerona en la provincia marítima de Barcelona, son perfectamente inútiles los Registros Mercantiles de Lugo, que radica en Ribadeo; de Granada, que está en Motril; de Castellón y de Gerona, que se llevan en las respectivas capitales de

provincia (y eso que no son puertos de mar), y en el Registro de Pontevedra, que radica en Vigo, se inscriben las embarcaciones de los Distritos Marítimos de Santa Eugenia de Riveira y Caramiñal, que perteneciendo en lo administrativo a La Coruña, corresponden a la provincia marítima de Pontevedra. Con esta misma lógica legal las embarcaciones de los Distritos Marítimos de Ribadeo y Vivero se tendrían que inscribir en el Registro Mercantil de La Coruña.

Y esto no debe ser, porque ante el precepto terminante del Código de Comercio, los buques matriculados en cada Distrito Marítimo, no Comandancia o provincia marítima, deben inscribirse en el Registro Mercantil de la provincia administrativa adonde pertenezcan aquellos Distritos, y el Registro debe llevarse en la capital de la provincia, como se llevan las otras dos secciones, terminando las excepciones actuales, como terminaron las de Palamós, en Gerona, y la de Castellón.

En este criterio se inspiró el R. D. de 7 de noviembre de 1921, que al crear una nueva provincia en el archipiélago canario, la de Gran Canaria, se estableció en Las Palmas un Registro Mercantil.

E incluso por las relaciones existentes entre las tres secciones del Registro Mercantil, es recomendable su establecimiento en la misma Oficina (RR. OO. 11 abril y 8 agosto de 1924, y arts. 575, 576, 582 y 589 del Código de Comercio), sobre todo teniendo presente que la alteración de la división administrativa fundamental origina dificultades para el servicio público, como en el caso de tener que dirigir mandamientos a los Registradores Mercantiles por Jueces y funcionarios.

CH) *Intervención administrativa marítima en la titulación inscribible.*—Dada la naturaleza y finalidad del buque, es evidente que en su construcción, abanderamiento y matrícula debe intervenir la autoridad marítima del Distrito, constituyendo el expediente administrativo la base de la titulación civil (arts. 152 al 154 del Reglamento del Registro Mercantil).

Pero si aun después de inscrito el buque, por razones de policía, de defensa nacional y hasta de orden técnico, no se puede prescindir de una mayor intervención administrativa en la propiedad naval, que requiere, además de otras funciones, que en el historial administrativo del buque conste el nombre del propietario, el derecho de éste, en virtud de un título civil o mercantil, debe ser calificado como suficiente por un funcionario jurídico.

En este sentido parece excesivo exigir, como había dispuesto la Real orden de 8 de agosto de 1924 y el artículo 162 del Reglamento del Registro Mercantil, la autorización administrativa previa para inscribir el buque en el Registro, porque una cosa es el título y otra la mera alteración del nombre del titular en el expediente que se lleva en el Distrito Marítimo.

De ahí que, aun manteniéndose el criterio sustentado por dicha Real orden, y reafirmado por la prohibición de enajenar buques nacionales a entidades extranjeras en la Ley de 14 de octubre de 1931, porque estas enajenaciones constituyen, en cierto modo, un acto de soberanía, creemos más lógico que, conforme al sistema de legalidad derivado de la calificación del Registrador, se inscriban las enajenaciones y transmisiones de buques, y los documentos o títulos así calificados sirvan para producir la correspondiente alteración en el expediente del buque, tanto porque así se conceda al propietario la debida autonomía civil, cuanto porque en nada se perjudica al interés social, desde el momento en que, exigiéndose que el cambio de propietario conste en el Distrito Marítimo, se sanciona a dicho propietario negligente con un casi cierre de la Hoja en el Registro Mercantil, entretanto no obtenga la autorización administrativa, si se impone al Registrador la obligación de comunicar a la autoridad marítima la alteración en el dominio del buque.

De no hacerlo así se seguirá incurriendo en la inconsecuencia, actualmente en vigor, de que después de formalizada la titulación notarial o judicial de un buque, un mero requisito externo impida la inscripción en el Registro Mercantil; o viceversa, que un título con la debida autorización administrativa no sirva para producir un asiento en el Registro, antinomias ambas que deben evitarse, sobre todo si se tiene en cuenta que el propietario de un buque puede o no ser naviero (artículos 586 y siguientes del Código de Comercio).

D) *Modificaciones que convendría introducir en los textos legales.*—Para evitar que sigan dándose las incongruencias expresadas, se podrían introducir en el vigente Reglamento del Registro Mercantil las siguientes modificaciones:

I.—El artículo 148 de dicho Reglamento se podría redactar así:

“Art. 148. Se reputarán buques, para los efectos del Código de Comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a

la navegación de cabotaje, altura, pesca o recreo, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquiera otro aparato flotante destinado a servicios de la industria, comercio, pesca o recreo, y su inscripción será obligatoria si su tonelaje no es inferior a treinta toneladas de arqueo.

Los buques que no excedan de treinta toneladas de arqueo serán matriculados con arreglo a las disposiciones vigentes en los respectivos Distritos Marítimos.

En cuanto a estos buques, inferiores a treinta toneladas, no podrán inscribirse con efectos civiles, en los libros de los Distritos Marítimos, otros actos que los referentes a las transmisiones puras del dominio pleno de los mismos.

Sin embargo, los titulares de estos buques podrán solicitar y obtener su inscripción en el Registro Mercantil correspondiente y, una vez inmatriculados, los actos posteriores igualmente deberán ser inscritos en el propio Registro Mercantil.

En ningún caso podrán extenderse anotaciones de embargo, hipotecas u otras cargas reales ni derechos resolubles en los libros de los Distritos Marítimos, debiendo ser trasladados por certificación los asientos de esta clase existentes en ellos al Registro Mercantil que corresponda, a instancia de parte interesada. Para asegurar créditos o ejecutar sentencias sobre esta clase de buques, los interesados, mediante certificación que se les expedirá por el Distrito Marítimo, podrán obtener en el Registro Mercantil las correspondientes inscripciones y anotaciones. La expedición de tales certificaciones de traslado se hará constar en los Distritos Marítimos, equivaliendo su expedición al cierre de los asientos para los efectos civiles."

II.—El párrafo segundo del artículo 2.^o del Reglamento del Registro Mercantil se redactará así:

“La inscripción de los buques se efectuará en el Registro Mercantil de la provincia administrativa en cuyo territorio radique la capitalidad del Distrito Marítimo donde se hallen matriculados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 148 de este Reglamento.”

III.—El artículo 1.^o del Reglamento del Registro Mercantil se redactará así:

“El Registro Mercantil, abierto en cumplimiento de lo que dispone

el artículo 16 del Código de Comercio, radicará en las cincuenta capitales de las provincias españolas y en Melilla.

El tercer libro se llevará en las capitales de todas las provincias del litoral, y en Sevilla, Palma de Mallorca, Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife y Melilla."

IV.—Al artículo 162 del Reglamento del Registro Mercantil se añadirá un tercero y cuarto párrafos que digan así:

"La autorización para cambio de dominio a que se refiere este artículo será concedida por la Jefatura de la provincia marítima a la que pertenezca el Distrito en que se halle matriculado el buque, cuando la persona o entidad adquirente sea de nacionalidad española.

No obstante, tratándose de adquirentes de nacionalidad española, podrá practicarse la inscripción en el Registro Mercantil correspondiente, a reserva de que dentro del término de treinta días se haga constar por nota marginal que la Jefatura de la provincia marítima acordó el cambio de dueño, exigida por este artículo entretanto sea necesario este requisito; pero el Registrador Mercantil participará por oficio al jefe del respectivo Distrito Marítimo la inscripción practicada, a fin de que se inste el expediente de cambio del propietario. Entretanto no se extienda dicha nota marginal en el Registro, podrá suspenderse o denegarse por el Registrador la extensión de asientos posteriores que arranquen su eficacia del contenido de tal asiento."

E) *Provisión de libros a los Registradores Mercantiles.*—Aunque han transcurrido más de veintiún años desde la publicación del vigente Reglamento, continúan llevándose los Registros en libros provisionales, entretanto no se circulen los modelos oficiales (art. 15 del Reglamento y disposición transitoria segunda):

Pero es el caso que, no respondiendo la modelación del anterior Reglamento de 21 de diciembre de 1885, a las necesidades actuales, especialmente por la poca claridad en el historial de los buques, cuando la Hoja destinada a los mismos consta de varios asientos, por la interposición de las notas marginales a continuación de tales asientos principales, sería de desear que los modelos se circulasen, ya que la necesaria

reforma del Código de Comercio (1) no alterará fundamentalmente el derecho actual, con lo que se evitarían, además, otros inconvenientes, como los derivados de la carencia de libros de estadística, honorarios, etcétera, que motivan que la oficina del Registro Mercantil no se lleve, en general, tan bien como la del Registro de la Propiedad.

A. RÍOS MOSQUERA.

Registrador de la Propiedad

(1) El proyecto de Código de Comercio publicado en virtud de Real Orden de 26 de septiembre de 1927 se inclina a la sustantividad de la inscripción e introduce en materia de responsabilidad las conclusiones de los Convenios de Bruselas de 25 de agosto de 1924 y 10 de abril de 1926.

Reforma inmobiliaria

Después de la cruenta y gloriosa conmoción que ha experimentado España, estamos viviendo un intenso período de reconstrucción en todos los órdenes de la vida nacional, que bajo la dirección del Caudillo enderezará el rumbo de nuestro histórico destino. No es pequeña la labor a realizar en el orden jurídico; por eso parece llegada la ocasión de una reforma de nuestro régimen inmobiliario, tan deseada por los técnicos, para que una buena organización de la propiedad contribuya a la prosperidad de la Patria.

Aunque en otras ocasiones he tratado en esta REVISTA de algunos aspectos de este tema, volvemos a coger la pluma para señalar varios puntos de la Ley Hipotecaria que pudieran reformarse, dando a toda ella nuevo estilo, inspirándonos en los principios de *sencillez y eficacia*; de ahí que aprovechando la feliz coyuntura de este período renovador en que se mueve el Estado, nos atrevamos a exponer algunos extremos que consideramos de interés y la contextura general de la posible reforma.

Resumir lo sustantivo de la Ley Hipotecaria en unos 150 artículos, que puedan formar el día de mañana un *título* del Código Civil, con lo que (como ya expusimos en otra ocasión en esta REVISTA) se conseguiría suprimir las frecuentes antinomias entre civil e hipotecaria; un mejor conocimiento de esta materia por los Letrados, evitándose las perjudiciales consecuencias que actualmente sufren los que tienen que litigar, y muchos pleitos. Todo el contenido necesario de los demás artículos de la Ley Hipotecaria y Registro podrían consignarse en una "Ordenanza General del Registro de la Propiedad", para lo adjetivo (modo de llevar el Registro, procedimientos, recursos, etc.), y un "Reglamento Administrativo del Registro" (Personal, Oficinas, Colegio, Inspección, Arancel, etc.).

Teniendo esto en cuenta, expondré algunos puntos que pudieran reformarse en cada una de las tres disposiciones legales a que me he referido.

Ley de Derecho Inmobiliario.—Ya que la base del Registro de la Propiedad es la finca, conviene determinarla mejor, relacionando el Registro con el Catastro, siguiendo el camino que marcó la Ley de 1906; exigir por lo menos la *extensión* superficial, requisito de gran importancia en la vida jurídica de la finca, así como el *valor* estable u oficial, lo que es de trascendencia en muchos casos, y que pudiera obtenerse del Catastro o líquido imponible; también debiera exigirse el plano, por lo menos en las que excediesen de cien hectáreas; también convendría limitar o regular mejor la agrupación de fincas no colindantes.

Aun prescindiendo de las teorías del título y modo y aceptando la del consentimiento, dado el interés nacional de la propiedad inmueble, y la conveniencia para todos de conocer las circunstancias jurídicas de la misma, se impone como *necesaria* la inscripción en oficina pública de la propiedad y, como enseña la experiencia, se impone el principio de que para ser válida la transmisión de inmuebles y constitución de derechos reales ha de hacerse constar en el Registro de la Propiedad, como rige ahora con las hipotecas; el actual régimen voluntario, inspirado en principios liberales, es incongruente con los fines de la institución, pues no realiza el servicio público para que fué creada, que es el conocimiento de la propiedad y la seguridad de la misma..

Admitir la sustantividad de la inscripción con la mayor fuerza posible, armonizando la Ley Hipotecaria, Código Civil y Ley de Enjuiciamiento civil, con el fin de que los artículos 23, 24, 27, 34, 36, 37 y 41 tengan toda la eficacia deseada, como requiere un buen régimen hipotecario, mejor dicho, inmobiliario, haciendo desaparecer las dudas y antinomias que actualmente se dan, como el concepto de tercero y la presunción del artículo 41. Una reforma honda de esos y pocos más artículos con ellos relacionados íntimamente, que son el nudo de la legislación sobre la propiedad, teniendo por guía los trabajos de especialistas como Jerónimo González, Morell y otros, y las lecciones que nos proporciona la experiencia vivida diariamente en los Registros, debe ser la meta del Cuerpo de Registradores, en bien del servicio jurídico, de tanta trascendencia, a ellos encomendado.

En cuanto a hipotecas, inspirándonos en el Derecho germano y en las necesidades españolas, convendría determinar más el rango de hipo-

tecas, establecer la del propietario, la de máximo, tal vez la deuda territorial, en la forma que resultase más útil a los propietarios y a la economía nacional. También parece hora de simplificar y *limitar* las hipotecas legales, que producen confusión, aparte de que son demasiadas las admitidas; algunas, como la del Estado por los impuestos y las de bienes reservables, podrían suprimirse, pues perjudican a la propiedad.

Con el fin de facilitar el ingreso de la propiedad en el Registro, debe permitirse la inscripción primera de todo documento público anterior a cinco años, siempre que no haya inscripción que se le oponga.

Las informaciones posesorias deben realizarse ante el Registrador como juez territorial que es; oyéndose a los colindantes de las fincas, y no como actualmente cualquier vecino del municipio, que puede ni conocer las fincas. También podía tramitar el Registrador las informaciones de dominio, reservando la aprobación al Juez.

La contratación de inmuebles inferiores a 3.000 pesetas podía hacerse también a voluntad de los interesados ante el Registrador, como ocurre en Alemania: expidiéndose por el Registrador, como título, una certificación del asiento extendido en el Registro, el que deben firmar también los interesados.

Armonizar la Ley Hipotecaria con la de Arrendamientos, es decir, que recoja aquélla lo sustutivo de ésta, considerando como reales e inscribibles los superiores a 500 pesetas; los inferiores podrían ser en documento privado, legitimadas las firmas ante Notario, y anotados en un libro encasillado que se llevase en el Registro, cada contrato en un renglón y con sencillez de requisitos, para no perjudicar a los pequeños cultivadores.

Cancelación automática, de oficio, de toda anotación, pasado un plazo breve, no mayor, en las más importantes, de dos años; única forma de librar el Registro de tanto peso muerto, de anotaciones sin cancelar que contiene actualmente y que impiden la visión real de la situación jurídica de muchos inmuebles.

Liberación, previo plazo anunciado de dos años, de todas las menciones y cargas que no estén expresamente inscritas, terminando así la labor realizada por la Ley de 1909.

Ordenanza general del Registro de la Propiedad.—Comprenderá lo adjetivo, o sean las normas del Registro funcionando, pudiendo resumirse en unos 250 artículos una parte de los de la actual Ley y la

mayor parte de los del Reglamento, modo de llevar el Registro, formas, requisitos, plazos, recursos, etc. Indicaremos algunos asuntos susceptibles de reforma.

Supresión de Registros fuera de las cabezas de Partido; unificación en las poblaciones que tienen más de uno, aunque quedando con varios Registradores, los que responderían individualmente de los asientos que cada uno firmase, dirigiendo la marcha de la Oficina el más antiguo, teniendo un tanto de retribución mayor; sería una gran ventaja para el público y el Registro funcionaría mejor y con menores gastos.

Tal vez fuese conveniente establecer, en lugar de libros registrales, un folio por finca, al que se añadirían más hojas cuando fuese necesario; esto facilitaría la tarea en la Oficina, que actualmente retrasan los frecuentes pases a otros libros que contienen la historia de la finca.

Los asientos, si no en forma de encasillado, que necesitaría un espacio grande para las modalidades de los documentos en la casilla de observaciones, pueden simplificarse suprimiendo todas las palabras inútiles que aún se emplean, haciendo el extracto en frases cortadas, separadas por puntos.

Para la presentación de documentos parece que bastarían cuatro horas seguidas, sin perjuicio de que se trabajase en la Oficina ocho. El Diario no era necesario que fuese de la misma clase que los tomos de inscripciones, y podría ser talonario al mismo tiempo, no siendo así necesarios el Libro de honorarios y el talonario de recibos.

Los Indices deben ser revisados y hacerse en forma de fichas, por ser un sistema más moderno y práctico; pudiendo ser duplicadas, con el fin de que tenga un fichero el Registrador y el otro sea para el uso de la Oficina.

Supresión de legajos con su contenido, salvo los de documentos privados, porque los otros documentos ya tienen matriz, siendo un estorbo en las Oficinas. Lo mismo puede decirse de los talonarios de recibos, que todo lo más podrán conservarse los de los cinco últimos años.

El procedimiento ejecutivo del artículo 131 y siguientes, con significar un adelanto, aun puede simplificarse, y una vez conseguido esto, adoptarlo como único vigente; sin perjuicio de que voluntariamente se adopte el notarial, más puntualizado, y haciéndolo apropiado a mayor número de casos.

Reglamento administrativo del Registro de la Propiedad.—Se ocu-

paría, en unos 150 artículos, de la Oficina, Registradores, Colegio, personal, Inspección, arancel, etc. Nos ocuparemos de algunos extremos.

En cuanto al ingreso en el Cuerpo, podría establecerse que, aprobados los ejercicios teóricos, el aspirante practicase seis meses a las órdenes de un Registrador de primera o segunda (con Oficina Liquidadora), y la Dirección, con el informe sobre aptitudes morales, cívicas y técnicas, los incluyese o no en el Cuerpo de Aspirantes.

Debiera ser interino el Registrador con medios de comunicación más próximos al Registro vacante, y si no el que le siga en este requisito; siendo conveniente simplificar la distribución de honorarios.

En los ascensos, establecer para los Registros de *segunda* un turno de oposición entre Registradores que lleven cinco años en el Cuerpo; pudiera ser la cuarta parte de las plazas, y resultaría un estímulo a los estudiosos y medio de fomentar la cultura entre los Registradores.

Supresión de la fianza, por anacrónica e inútil, dadas las garantías que ofrece el Cuerpo; podría establecerse, en cambio, un fondo de seguro, para indemnizar a los particulares en casos destacados de evidente perjuicio, por la aplicación de los principios hipotecarios; otros cargos de más trascendencia, como los judiciales, no están sujetos a fianza, que parece basarse en una desconfianza que no merecen los Registradores.

Siempre pensamos en la conveniencia del Tribunal de Honor y más en las circunstancias de la nueva España; debiera formarse por un Censor, cargo que debe existir en la Junta del Colegio, encargado de iniciar los expedientes, dirigirlos, recoger la votación para vocales y presidirlo; además, se formaría por cuatro vocales, uno de la promoción del encartado, por ellos designado; el Delegado de la Provincia, y otros dos de categoría distinta de los anteriores designados por el Cuerpo, salvo los de la misma promoción; resolvería sobre hechos deshonrosos, contra el servicio o el prestigio del Cuerpo que escapan al Reglamento y hagan indeseable al sancionado.

Incorporar en el Reglamento las normas del Colegio, con los retoques que se juzgue oportunos; añadir el cargo de Censor. Pudiera disponerse una Asamblea anual, a la que, además de la Junta, asistiesen los Delegados, Subdelegados y un Registrador elegido por los de cada provincia, para resolver los asuntos generales de cuentas, mutualidad, etcétera, sin perjuicio de que cada tres años se reuniese una Asamblea general para renovación de cargos, asuntos de trascendencia, etc.

Sobre el personal auxiliar, recoger lo esencial, conciliando la liber-

tad del Registrador con las normas sociales que rigen hoy para los trabajadores; la retribución, qué no exceda del tercio libre. El sustituto debiera ser o Abogado o un Oficial que lleve diez años de servicio.

Está tramitándose una reforma sobre la Mutualidad, que es de esperar mejore lo actualmente dispuesto y suavice el excesivo tanto por ciento que hoy se deduce; y tal vez habría que distinguir entre los Registradores anteriores al 18 y los posteriores en cuanto a esa aportación.

Las Memorias, para que fuesen útiles, debieran hacerlas cada año solamente los Registradores que terminasen en el escalafón con el mismo número, es decir, la décima parte, dándoseles, por lo menos, un plazo de seis meses, para que fuesen trabajos más completos, premiándose por la Dirección las cinco mejores, que se publicarían completas en el Anuario, aparte del resumen de las demás; la que pareciere mejor podría galardonarse ya con una subida de diez puestos en el escalafón, ya con el derecho de ser vocal de la Junta por un año y del Tribunal de oposiciones que hubiese.

Naturalmente, no se hizo, en lo que va consignado, más que esbozar una posible reforma, señalando algunos puntos en los que quisiéramos haber acertado. El objeto de este trabajo es más bien llamar la atención de los Registradores acerca de la conveniencia de la reforma en las actuales circunstancias, que impulsan a perfeccionar la vida del Estado, para que con su ilustración y experiencia aporten sus observaciones y propuestas para mejorar el régimen inmobiliario.

Demasiado he abusado de la benévolas atención de los que me lean; por eso termine invitando a la Junta del Ilustre Colegio a que, si le parece oportuno, designe una Comisión de cinco Registradores expertos para que, recogiendo las observaciones que hagan los compañeros, preparen una reforma inmobiliaria adecuada al movimiento de renovación actual, que pueda ofrecerse al señor Ministro de Justicia como exponente de los deseos de los Registradores de contribuir en este sector a la prosperidad de la economía nacional y de la justicia.

F. JAVIER FENOLLERA.
Registrador de Yecla.

Arrendamientos rústicos

No resisto al deseo de publicar en REVISTA CRÍTICA, si la Dirección de la misma lo estima oportuno, algunas dudas que me sugieren las Leyes de Arrendamientos rústicos de 1935 y 1940, que, al lado de grandes aciertos, me parece han dejado situaciones jurídicas poco claras.

Las principales dudas que un estudio algo somero de dichas leyes me ofrece, son las siguientes:

1.º Los arrendamientos que, a pesar de lo dispuesto en la Ley, se celebren, vigente ésta, sin ajustarse a sus requisitos, ¿por qué disposiciones se rigen? ¿Será por el Código civil? Quizá pudiera inducirse esta doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1940, puesto que no declaró nulo un contrato de esta naturaleza, pero con este criterio se infringe el principio de que es nulo lo ejecutado contra lo dispuesto en las leyes (art. 4.º del Código civil), y se haría inútil la Ley de Arrendamientos, de un fin social que sobrepasa el interés privado. Mas si se considerasen nulos tales contratos, ¿podrá invocar su nulidad uno de los contratantes, yendo contra sus propios actos? ¿Será convalidable al no ejercitarse acción de nulidad dentro de los cuatro años? ¿Se podrán compelir los contratantes a llenar los requisitos legales? A estas preguntas debe, a mi juicio, contestarse que para no hacer inútil la Ley, y dado su carácter imperativo, son, más que nulos, inexistentes, al modo de una hipoteca no inscrita. ¿En qué situación quedan, pues, los contratantes? En el número 134 de REVISTA CRÍTICA, unos doctos compañeros opinaron que en relación de precario, mas si el contrato dura y el rentero obtiene cosechas, no tendría en tal caso que pagar merced y alcanzaría un enriquecimiento injusto. Por esta razón creo no es aplicable tampoco el artículo 1.306 del Código civil, con arreglo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1902.

A mi juicio, la solución es tener por inexistentes dichos contratos y aplicar el artículo 364 del Código civil y 361 del mismo.

2.º Para que pueda ser prorrogado un contrato es preciso que el arrendatario haga por escrito un requerimiento, con antelación de un

año, al arrendador, y si éste quiere cultivar la finca, con igual antelación ha de requerir al arrendatario; pero si ni uno ni otro hacen requerimiento, ¿qué sucederá? ¿Podrá exigir el dueño que cese el arriendo? ¿Podrá el arrendatario recabar continuar en la finca?

3.^a Las normas procesales de la Ley de 1940, ¿derogan las de la de 1935? Si consideramos que la de 1940 dice en su artículo primero que "se restablece en todo su vigor la Ley de 1.^o de marzo de 1935, con las modificaciones que se establecen en los artículos siguientes", parece que hay una fusión de ambas y lo nuevo modifica lo anterior en lo que discrepe; además, esto es racional, pues impide que haya normas procesales discordantes. Sin embargo, otro compañero entendió que por estar las normas procesales en una disposición transitoria y emplearse las palabras "cuestiones que surjan en la interpretación y ejecución de esta Ley", ha de deducirse que las normas procesales de la Ley nueva sólo se aplicarán para las cuestiones que ésta regula.

4.^a El artículo 7.^o de la Ley de 1935 permite la revisión de la renta una vez durante la vigencia del contrato, y del párrafo antepenúltimo de dicho artículo se desprende la posibilidad de revisión en cada prórroga. ¿Quedará esto derogado por la disposición transitoria octava de la nueva Ley? Parece que no, por ser transitoria tal disposición, mas, ¿a qué contratos se aplica? Entiendo que no a los que terminan, pues en éstos la nueva renta es libre, sino a los que están vigentes, pero que su renta es la anterior a 1925.

5.^a Los derechos que a favor del arrendatario concede el artículo 16 de la Ley de 1935, ¿los ostentará el arrendatario que tiene su contrato con arreglo a la ley, pero que por ser menor la renta de 500 pesetas no lo inscribió?

6.^a Los contratos celebrados después de la Ley de 1935 sin ajustarse a la misma, pero antes de la de 1940, ¿son válidos? La Ley de 1935 ha estado vigente, excepto en los desahucios, hasta la nueva que la restablece en todo; por tanto, los contratos otorgados después de ella serían nulos si no tenían sus requisitos, mas prorrogados de modo involuntario, ya que no se podía ir al desahucio más que por falta de pago, seguían vigentes, ¿seguirán ahora hasta su terminación siendo válidos, habida cuenta del apartado a) de la segunda disposición transitoria de la Ley de 1940?

GREGORIO TREVIÑO.
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1940.—*Objeto de la relación jurídica.*

Se trata de una sentencia sobre cuestiones de competencia. Destaca el segundo "Considerando", que reza como sigue: "Que aun siendo muy diversos los sentidos que cabe atribuir en Derecho al término "objeto" y las teorías que ha formulado la doctrina científica al tratar de determinar qué ha de entenderse por objeto en las relaciones jurídicas o en los derechos subjetivos, no cabe duda que en las relaciones que dan lugar a los "derechos personales" o de "obligación" el objeto del derecho y, consiguientemente, de la relación jurídica radica, no en la cosa del mundo exterior que pueda constituir el contenido de la prestación, sino en un elemento vinculado a la esfera personal y de libertad del sujeto obligado, o sea la conducta, comportamiento o "prestación" misma del deudor, y sólo en las relaciones que dan lugar a los llamados "derechos reales" se puede considerar como objeto o substrato del correspondiente derecho subjetivo a la cosa, mueble o inmueble, sometida al señorío del titular y susceptible de utilización económica."

SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1940.—*Comunidad de bienes y sociedad.*

La sentencia recurrida opina que entre las partes existe una comunidad de bienes con respecto al café-bar Miami, siendo la participación de cada una de las partes de la mitad del negocio. Varios motivos del recurso intentan hacer valer las pruebas, estimadas insuficientes por la Sala sentenciadora, en virtud de las cuales resulta una menor participación de una de las partes. Estos motivos son rechazados por el Tribunal Supremo por no citar preceptos legales infringidos

por el Tribunal de Instancia, ni por aducir tampoco documentos auténticos expresivos de un error de hecho. El primer motivo impugna la aplicación de los artículos 392 y siguientes del Código civil, poniendo de relieve que se trata de una sociedad que no ha llegado a nacer por deficiencia de forma. El Tribunal Supremo caracteriza la comunidad de bienes por su fin de mera conservación y aprovechamiento en la comunidad; mientras que la sociedad aspira a un lucro común partible, adaptándose por eso un café-bar más bien al tipo de la sociedad. Sin embargo, la carencia de los requisitos formales de escritura e inscripción dejaría intacta una sociedad irregular entre las partes, según se infiere de los artículos 117 y 120 del Código de Comercio, y del 1.667, en relación con el 1.278, del Código civil, que es lo que en nuestro caso interesa. En consecuencia, ha de desestimarse el recurso.

SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1940.—*Aplicación de Derecho extranjero; legatarios alicuotas.*

El súbdito ruso Eslavine confirió al señor Locatelli, en España, los cargos de tutor y albacea. Después de la muerte de Eslavine, desempeñó Locatelli ambos cargos hasta su muerte. Fué heredado por la demandada y varios legatarios alicuotas. En el pleito presente, los herederos de Eslavine piden de la demandada rendición de cuentas y, como obligación complementaria, la de entregar la mitad del saldo que resulte de la cuenta. El recurso de casación aborda dos cuestiones interesantes: una referente a la aplicación de Derecho extranjero; otra referente a las obligaciones de los legatarios alicuotas.

1.º La Sala de instancia entiende que debiera aplicarse la Ley nacional del testador. Pero como no se demostró en autos la reglamentación jurídica del Derecho ruso de la tutela y del albaceazgo, aplicó por analogía la legislación española referente a la gestión de negocios ajenos. El Tribunal Supremo pone de relieve la deficiencia de este razonamiento. Por un lado, aplicando ya Derecho español, debían aplicarse las disposiciones del Código civil sobre la tutela y el albaceazgo; por otro lado, no se puede establecer una analogía entre un término conocido (Derecho español) y otro desconocido (Derecho ruso). Luego sigue el Tribunal Supremo: "Que este tema admite como soluciones posibles la desestimación de las pretensiones del litigante que invocó en su favor la legislación rusa y no la acreditó en autos, la aplicación

de aquel derecho que más se acerque al Derecho ruso, o la aplicación de la *Lex fori*, y si bien la primera de estas soluciones cuenta en su apoyo con la antigua y arraigada teoría llamada del mero hecho, según la cual incumbe a las partes la invocación y demostración del derecho extranjero, la mayoría de los tratadistas ven en ella cierto aspecto de denegación de justicia, más acusado aún en la tendencia actual de la ciencia jurídica, que en vez de mantener la pasividad del Juez en la comprobación de la norma extranjera aplicable, quiere que la indague o coopere a la indagación de oficio (*jura novit curia*), sin que, por lo tanto, recaiga toda la responsabilidad de la carga probatoria sobre el litigante, porque la doctrina científica más justificada se pronunció en estos casos por la aplicación de la *Lex fori*, solución que esta Sala acepta, máxime en el caso de autos, en que casi todos los elementos en las relaciones jurídicas de que se trata tienen su asiento en nuestro país, ya que en España se realizaron, siquiera irregularmente o de hecho, las gestiones de tutela y albaceazgo, y en España tuvieron su residencia habitual los pupilos, hijos del señor Eslavine, lo que lleva también a la aplicación de la Ley española, conforme al *espíritu* que informa el artículo 3.º del Convenio de 12 de julio de 1902, ratificado el 30 de junio de 1904, y que en este plano no es dudosa la obligación de rendir cuentas de la tutela y albaceazgo por aplicación de los artículos 281 y 907 del Código civil, por lo que procede mantener el fallo condenatorio y desestimar también el cuarto motivo del recurso." Distingamos, en primer lugar, el Derecho de colisión material y el aspecto procesal de la aplicación del Derecho extranjero: a) *Derecho aplicable en este caso*: Hemos de tratar separadamente de la tutela y del albaceazgo, aa) *Derecho aplicable a la tutela*: Desde luego, no se aplica el Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, puesto que Rusia no forma parte de los contratantes. Por lo tanto, falta un precepto legal expreso. Sin embargo, existe casi unanimidad que debe aplicarse la Ley nacional del pupilo (véanse artículos 1.º del Convenio de La Haya, 84 del Código Bustamante), principio que, con buena voluntad, puede encontrarse en el artículo 9 del Código civil (v. Lasala Llanas, "Sistema Español de Derecho civil internacional e interregional", Madrid, Editorial *Revista de Derecho Privado*, 1933, p. 173). Con toda probabilidad, debe aplicarse, por lo tanto, en nuestro caso, el Derecho ruso. El Código Bustamante (artículo 88) declara expresamente que la ley personal del menor rige también las obligaciones re-

lativas a las cuentas. Pero aun faltando una disposición expresa, no se duda que el Derecho nacional del menor rige los derechos y deberes del tutor (v. Martin Wolff, "Internationales Privatrecht", Berlín, 1933, § 45, III, p. 140, libro traducido al español por la Editorial Labor). Ahora bien; el Tribunal Supremo mantiene la aplicabilidad del Derecho español, apoyándose sobre el espíritu del artículo 3.º del Convenio de La Haya. Pero el mencionado artículo permite la aplicación del Derecho de la residencia del menor sólo en plan subsidiario. Y en nuestro caso la tutela ha sido establecida según el Derecho ruso, ya que parece que se basa en el testamento del padre, que era súbdito ruso. En consecuencia, aun el espíritu del Convenio se opone a la aplicación del Derecho español. Bien es verdad que nos limitamos en este lugar al aspecto material del problema; y que puede resultar una modificación desde el punto de vista procesal. bb) *Derecho aplicable al albaceazgo*: Según el artículo 10, párrafo segundo del Código civil, ha de regirse el albaceazgo por la Ley nacional del difunto, es decir, por el Derecho ruso. Sobre este particular no existe duda (v., por ejemplo, el libro citado de Lasala Llanas, p. 269). b). *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso*: De nuevo hemos de distinguir: aa) *Comprobación del Derecho extranjero en el proceso*: Sin querer volver sobre problemas ya abordados recientemente en esta REVISTA CRÍTICA (1940, p. 299-300), sea dicho de paso, tan sólo, que si se considera el Derecho extranjero como Derecho, el célebre adagio "iura novit curia" obliga al Juez a su comprobación de oficio. Pero, aun considerándolo como hecho, no se ha prejuzgado la cuestión de si el Juez debe indagarlo de oficio o si puede dejarlo a disposición de las partes. Puesto que no sólo en el proceso penal, sino también en el proceso civil existen hechos (por ejemplo, los hechos referentes a las buenas costumbres) que el Juez debe tener en cuenta de oficio (v. Werner Goldschmidt, "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Bosch, 1935, ps. 65, 66). Finalmente, aun abandonando el Derecho extranjero a la esfera dominada por el principio dispositivo, debe analizarse la cuestión de si el Derecho extranjero se probará según las reglas de la "prueba severa" o según las disposiciones de la "prueba libre" (expresión de Ditzén). La prueba severa admite sólo los medios de prueba enumerados por la Ley; mientras que la prueba libre admite cualesquiera otros (libros científicos, informes de abogados extranjeros, etc.). bb) *Actuación del Juez*, si

el Derecho extranjero resulta incognoscible: En el caso de que el Juez no llegue al conocimiento del Derecho extranjero (sea que su actividad de oficio no haya tenido éxito, sea que la parte interesada no haya conseguido la comprobación del Derecho extranjero), se encuentra con tres posibilidades: o puede rechazar la pretensión de la parte que invocó el Derecho extranjero; o puede aplicarla la "Ley fori"; o puede aplicar aquel Derecho extranjero que sea el más semejante al Derecho extranjero desconocido (sobre estas posibilidades, v. Werner Goldschmidt, l. c., ps. 95 a 98). Sólo la primera solución debe rechazarse como una denegación de Justicia prohibida. De las restantes dos soluciones, es en sí preferible la tercera. Si un Juez sueco ha de aplicar, por ejemplo, el Derecho de Chile, y no consigue la comprobación de su contenido, es más justo que aplique el Derecho español como Derecho matriz que el Derecho sueco. Sin embargo, en el presente caso no se podía hacer uso de esta teoría por tratarse del Derecho comunista, sin precedentes legales. En consecuencia, debía aplicarse, efectivamente, el Derecho español como "Lex fori". En el resultado, tenemos que adherirnos, por lo tanto, a la sentencia del Tribunal Supremo.

2.º Los legatarios alícuotas: La demandada opina que, por concurrir en la sucesión del señor Locatelli la heredera demandada y varios legatarios de parte alícuota, que, a su juicio, tienen la condición de herederos a todos los efectos legales, no se puede exigir a aquélla el cumplimiento íntegro de las obligaciones del causante, sino que debió dirigirse la reclamación contra todos los que tienen el concepto legal de herederos. El Tribunal Supremo distingue una teoría objetiva y otra subjetiva con respecto a la concepción del legatario de parte alícuota. Según la teoría objetiva, el sucesor en el patrimonio en su totalidad o en parte proporcional es heredero, mientras que el sucesor en un objeto determinado es legatario. Esta teoría objetiva concibe al legatario de parte alícuota como heredero. Los artículos 660 y 768 del Código civil son expresión de la mencionada teoría. La doctrina subjetiva permite al testador la calificación de uno de sus sucesores como heredero o como legatario, según su libre arbitrio. Los artículos 675 y 668 del Código civil dimanan de la mencionada doctrina subjetiva, que, además, es de rancio abolengo español (Partidas, Ordenamiento de Alcalá). Teniendo así nuestro Código una naturaleza mixta, no es asombroso que el legatario de parte alícuota posea en algunos as-

pectos la consideración de un heredero, mientras que en otros debe distinguirse de éste. Entre los aspectos de coincidencia cabe señalar el de responsabilidad por deudas hereditarias, tratándose de legatario de parte alícuota en pleno dominio o en nuda propiedad. Ahora bien; en el caso de autos no debe pedirse la rendición de cuentas sino de la demandada, puesto que tiene en su poder los antecedentes precisos para cumplirla. Y en lo atinente al pago de deudas, hay que observar que, por un lado, se trata de un legatario de parte alícuota en usú-fructo, del que no cabe exigir la responsabilidad que se pretende (artículo 510 del Código civil); y que, por otro lado, los artículos 1.084 y 1.085 permiten al acreedor ejercitar su derecho íntegramente contra cualquiera de los herederos, sin perjuicio del derecho que asiste a la demandada de llamar a juicio a los coherederos y repetir contra ellos para que la obligación en definitiva resulte dividida entre todos proporcionalmente a sus cuotas. No queremos pasar en silencio el artículo de Ossorio Morales ("El legado de parte alícuota", en el *Boletín de la Universidad de Granada*, año XII, número 57), que hemos reseñado en esta REVISTA CRÍTICA (1940, ps. 365, 366) poco ha.

SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1940.—*Prescripción, carga de prueba.*

El actor y recurrente ejercitó acción contra el demandado y demás herederos de sus padres políticos por los servicios médicos que les había prestado en los últimos quince años. A la demanda acompañó el actor, entre otros documentos, una nota que dice así "...Por el presente hago constar que el importe de mis honorarios profesionales como médico de mi padre político.. por los servicios que hube de prestarle... en los quince años últimamente transcurridos, asciende a la cantidad de 70.000 pesetas." Al pie de este documento aparece una manifestación de conformidad suscrita por el demandado en los siguientes términos: "Conforme con la parte proporcional que como heredero me corresponde." La Sala sentenciadora condenó a los herederos de los referidos cónyuges a que abonen al actor las visitas que éste justifique haber hecho a dichos causantes en los tres años que precedieron al fallecimiento de don A. C., a razón de 25 pesetas visita las de asistencia continuada, y a doble precio las que no lo sean; y a los herederos de la viuda a que abonen determinadas partidas y las visitas

que igualmente justifique el actor haber hecho a la misma en el período de viudez. El primer motivo del recurso hace valer infracción de Ley por no haber aplicado la Sala sentenciadora el artículo 1.214 del Código civil: puesto que el demandado había de probar la extinción de la obligación contraída. El Tribunal Supremo rechaza este motivo. La demanda no se basa en un reconocimiento de deudas, sino en el pago de unos servicios. La declaración del demandado es condicionada por la existencia de la pretensión del actor. Esta pretensión no ha sido probada por el actor. En cambio, no se puede seguir al argumento de la Sala sentenciadora de que la renuncia a la réplica representa una confesión de las afirmaciones hechas por el demandado en la contestación. Más bien, es preferible la doctrina opuesta, contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1885. El segundo motivo supone infringido, también por inaplicación, el artículo 1.964 del Código civil, al haber aceptado la Sala como límite de los honorarios exigibles por los servicios médicos el de la prescripción trienal establecida en el artículo 1.967 del mismo Cuerpo legal. El Tribunal Supremo rechaza también el segundo motivo, puesto que no hay duda alguna de que el número segundo del artículo 1.967 comprende a los médicos en la frase "profesores y maestros". En este punto concuerdan la interpretación gramatical, lógica e histórica. El tercer motivo hace valer una infracción de carácter procesal, inadmisible en un recurso por infracción de Ley.

SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1940.—Sociedad Anónima

El 2 de diciembre de 1931 fueron nombrados los demandados para formar parte del Consejo de Administración de la "Sociedad Galerías Avenida", con la misión especial de revisar los actos de gestión de los Consejeros anteriores, que ya ejercían su cargo año y medio. Los revisores demandados se decidieron a devolver a una accionista las mercaderías que ésta había suministrado a la Sociedad en trueque de las acciones, porque los libros correspondían, en parte, a los señores catedráticos y, en parte, no resultaban vendibles, devolviendo dicha señora las acciones a la Sociedad. Los demandantes conciben esta operación como una compraventa de sus propias acciones de parte de la Sociedad, prohibida por el artículo 166 del Código de Comercio. Pero se trata, más bien, de una restricción de una adquisi-

ción indebida de acciones no pagadas, a la que alude el artículo 170 del mismo Cuerpo legal. Por otro lado, los actores reprochan a los demandados a no haber procedido contra otro accionista, que no había abonado todavía sus acciones. Pero la culpa corresponde en este caso a los primeros Consejeros, que conociendo el descubierto, no procedieron con arreglo al artículo 170 del Código de Comercio. Los demandados, en cambio, no llegaron a conocerlo a falta de contabilidad social hasta una fecha en la que el deudor había llegado a una completa insolvencia. Los demandantes opinan, finalmente, que la sentencia recurrida peca de incongruencia por haberse limitado los demandados; al contestar la demanda, a excepcionar su falta de personalidad para ser demandados. En primer lugar, no se limitaron los demandados a tal defensa. Pero aun cuando lo hubieran hecho, y si ni siquiera se hubieran personado en autos, obligación era del Tribunal sentenciador examinar la cuestión de fondo, como lo ha hecho, y si no encontraba justificadas las pretensiones deducidas en la demanda, absolver de ella a los demandados.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1940.—*Artículo 769 del Código de Comercio.*

El actor había presentado meramente copias de la protesta del Capitán del buque y del Diario de Navegación, lo que no es suficiente a los efectos del artículo 769 del Código de Comercio, puesto que según la constante Jurisprudencia, contenida, por ejemplo, en la Sentencia de 9 de marzo de 1926, el mencionado precepto exige, en sentido limitativo y de exclusividad, la presentación de los documentos enumerados en él para que pueda prosperar la acción, no pudiendo acudirse a los medios generales de prueba, sino cuando se ha demostrado la imposibilidad de suministrar los especiales de dicho artículo, bien por no haber existido o por haber desaparecido, o bien que el asegurado reclamante ha agotado los medios legales que pudo utilizar para conseguir aportarlos.

SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1940.—*Competencia.*

Esta Sala ha declarado reiteradamente que en la compraventa de efectos de comercio se entiende, a falta de estipulación distinta, que los géneros vendidos deben entregarse en lugar en que el vendedor

tiene sus fábricas o almacenes, esto es, donde la cosa que se ha de entregar existía al constituirse la obligación, según previene el artículo 1.171 del Código civil; sin que pueda obstar a la procedencia de esta decisión la circunstancia de ser dos los demandados, porque aparte de carecer de aplicación la facultad de elegir el fuero de cualquiera de éstos, cuando la obligación que se reclame debe ser cumplida en un determinado lugar, no ofrece el actor ningún principio de prueba ni tampoco alegación referente al carácter mancomunado o solidario de las obligaciones que demanda. La demanda se dirigía conjuntamente contra el supuesto vendedor y el agente comercial, por medio del cual se había concertado el contrato según las afirmaciones del demandante.

SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1940.—Competencia.

La demandante afirma haber encargado al demandado, su comisionista, que adquiriese para ella dos barriles de vermouth, lo que hizo el demandado, vendiéndolos en beneficio propio, por lo cual la demandante pide que sea condenado aquél a entregarla el vermouth. Los expresados hechos y la invocación de los artículos 256, 257 y 267 del Código de Comercio manifiestan con claridad que la acción personal no se deriva del contrato de compraventa, celebrada por el demandado en nombre de la actora, sino del de comisión. En consecuencia, es competente el Juez de Manzanares, que es el del lugar donde el demandado tiene su domicilio y efectuó la compra que le ordenó la demandante, porque si sólo contienden los Jueces de los domicilios de las partes, es competente el del domicilio del demandado, aunque se entienda que también efectuó el comisionista gestiones en un tercer lugar, como en el caso presente, en Jaén.

SENTENCIA DE 7 DE AGOSTO DE 1940.—Competencia.

El único interés que ofrece esta sentencia consiste en que aplica como normas supletorias, en virtud del artículo 2.º del Código de Comercio, los usos del comercio observados en Málaga, apoyándose sobre una certificación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Málaga, en que se manifiesta que el uso y costumbre sobre las ventas concertadas franco a bordo es que la responsabilidad del vendedor cesa con la recepción de la mercancía en el buque.

SENTENCIA DE 7 DE AGOSTO DE 1940.—*Competencia.*

La contestación al requerimiento de inhibición, no es momento oportuno para aducir documentos expresivos del supuesto contrato, base de la acción.

SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1940.—*Competencia.*

Según reiterada jurisprudencia, mientras el Juez requerido de inhibición no dicte sentencia que haya adquirido estado de firmeza, puede ser suscitada la contienda jurisdiccional, quedando invalidado en su caso el fallo pronunciado con incompetencia, por lo que es visto que el requerimiento inhibitorio del Juez de Gijón fué hecho en momento procesal oportuno, ya que el correspondiente oficio se recibió en el Juzgado de Valderas antes de haber sido notificada al demandado la sentencia que había dictado. Las faltas de tramitación implican manifiesta infracción del artículo 89 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que procede declararla nula formada y corregir disciplinariamente al Juez que cometió tales faltas, de conformidad con los artículos 450 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1940.—*Competencia.*

El actor presenta un duplicado del convenio extendido en un impreso de la casa demandante y firmado, al parecer, por el demandado, en el que el hueco destinado a la determinación de los Tribunales aparece llenado con la palabra "Móstoles", puesta con estampilla. En el otro ejemplar del mismo convenio, presentado por el demandado, aparece en blanco ese mismo hueco. Por lo tanto se neutralizan ambos documentos originales y no existe principio de prueba. El artículo 362 de la Ley Procesal no resulta aplicable, puesto que la sentencia civil no ha de fundarse exclusivamente en el supuesto de la existencia de un delito. En consecuencia, procede atribuir el conocimiento de la demanda al Juzgado municipal del lugar del domicilio del demandado.

SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1940.—Competencia.

La demanda ejerce acciones personales derivadas del imperfecto cumplimiento de una compraventa de maquinaria, remitida desde Elda, donde el vendedor tiene su establecimiento industrial, a Inca, lugar del domicilio del actor y de destino de la mercancía, habiéndose abonado anticipadamente el precio al vendedor en Elda mediante transferencia bancaria ordenada por el comprador. Como el lugar del cumplimiento del contrato es dudoso, el conflicto habrá de resolverse eliminando la razón de competencia dudosa para acogerse al fuero del domicilio que ofrece segura base de la decisión.

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1940.—Competencia.

El demandante funda su reclamación en haber prestado servicios como administrador con asentimiento tácito de la demandada, la cual niega la existencia de un contrato sin negar la realidad de los servicios, que el demandante demuestra con una multitud de documentos privados. Por lo tanto, existe un principio de prueba escrita a los efectos de la competencia. Tratándose de servicios prestados en determinado lugar, la obligación recíproca ha de cumplirse allí donde los servicios se prestaron, y este lugar del cumplimiento de la obligación es el que determina la competencia con arreglo a la regla primera del artículo 62 de la Ley procesal.

SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1940.—Competencia.

Lo interesante de esta sentencia radica en el siguiente considerando: "Que a tenor de la nota de pedido presentada en autos, y que a efectos de la decisión de competencia constituye principio de prueba, los géneros vendidos se remitieron "franco bordo Vigo", habiéndose estipulado en el contrato que en dicha ciudad, donde tiene su domicilio el comprador, se haría el pago del precio y que los envases serían devueltos vacíos por cuenta del vendedor y también "franco bordo Vigo", es decir, que la repetida ciudad fué designada como lugar del cumplimiento de las obligaciones de los contratantes, afirmación que no puede estimarse desvirtuada mediante las facturas producidas con

la demanda, desprovistas de eficacia probatoria, como no suscrita por el demandado, el cual niega, además, la autenticidad de tales documentos."

SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1940.—*Competencia.*

El comprador-demandante hace valer la obligación del vendedor-demandado de firmar y entregar la documentación del automóvil vendido, obligación que por formar parte de la prestación compleja de entregar la cosa vendida, es complementaria del contrato. Aplicando el número primero del artículo 62 de la Ley procesal, en relación con el artículo 1.171 del Código civil, así como con la doctrina de este Tribunal Supremo de que el lugar destinado para el cumplimiento de una de las obligaciones contractuales lo es también para las demás, resulta la competencia del Juzgado de León. Esta competencia se desprende también de la regla de que el Juez competente para conocer del cumplimiento de un contrato lo es también para entender de cuantas incidencias y cuestiones puedan derivar del mismo contrato.

SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1940.—*Competencia.*

Para entender de las demandas sobre pago de servicios es Juez competente el del lugar donde se prestaron, y si fueron realizados en distintos lugares, puede ser ejercitada la acción en reclamación de su importe ante el Juez de cualquiera de ellos.

SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1940.—*Competencia.*

Que la circunstancia de que la providencia dando por recibido el oficio inhibitorio figure a continuación de la diligencia de publicación de la sentencia, que llegó a dictar el Juez de A., en la cual providencia dió por recibido dicho oficio el día anterior, carece de trascendencia a los efectos de la decisión de la competencia, porque el artículo 76 de la citada Ley de trámite sólo prohíbe promoverlas en los asuntos judiciales terminados por auto o sentencia firme, y sabido es que por ministerio del artículo 369 de la misma Ley no es firme la sentencia

que por no haber sido notificada a las partes puede ser objeto del recurso.

SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1940.—*Competencia.*

Considerando: Que al disponer la Ley de 21 de mayo de 1936, en el último párrafo de su artículo único, que los Jueces municipales han de examinar de oficio y con intervención del Ministerio Fiscal su propia competencia, repeliendo la demanda cuando su presentación no se ajuste a las normas que el mismo artículo establece, no hizo sino imponer a aquéllos la obligación, semejante a la que para los casos de incompetencia por razón de la materia se halla establecida en el artículo 74 de la Ley procesal, de rechazar, sin instancia de parte interesada y con la sola intervención indicada, el conocimiento del asunto que se les pretenda someter no obstante no corresponderles, por no ser los del lugar del domicilio del demandado, o del que radique la cosa inmueble objeto de la relación jurídica, y no mediar en su favor la sumisión que la misma Ley especial determina; y en modo alguno autorizan los términos, de claro sentido, de ésta Ley a entender que su vigencia y virtualidad contraría o modifica en lo más mínimo los básicos preceptos procesales que no consienten que las cuestiones de competencia se promuevan de oficio por el Juez que se estime competente, ni tampoco por quien, como el Ministerio Fiscal, no es parte en ellas por no haberlo de ser en el juicio, aunque se le haya de oír una vez propuestas.

SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1940.—*Competencia.*

En Reinosa, en el domicilio de la vendedora, se celebró un contrato de compraventa. Allí mismo se pagó también una parte del precio. Ante dificultades de los giros para el pago del resto del precio, se acordó que se haría mediante reembolso contra entrega de los documentos pertinentes en Valladolid, lo cual no llegó a tener cumplido efecto. Ahora el comprador pide la rescisión del contrato y la devolución de la parte de precio anticipada. El Tribunal competente, para el cumplimiento de un contrato lo es también para su rescisión. Este Tribunal es el de Primera instancia de Reinosa, puesto que se señaló dicho lugar para la entrega de la mercancía y en él empezó a cumplirse el pago del precio; sin que a ello obste, que para asegurar el com-

pleto pago de la mercancía se acordara con posterioridad que el abono del resto del precio se hiciera en Valladolid, pues esa fué una modificación accidental y no esencial del contrato, que si hubiera podido ser tenida en cuenta tratándose de la efectividad de dicho precio, no puede serlo, cuando lo que se trata es de la rescisión total del contrato por incumplimiento del mismo.

SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1940.—*Defensa por pobre.*

El ejercicio de la abogacía, por no ser oficio, ni retribuible de aquel modo, sino profesión por la que se devengan honorarios, impide a quien la ejerce que ampare su solicitud de ser declarado pobre en el número primero del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aunque eluda el pago de la contribución correspondiente, conforme ha declarado esta Sala repetidamente, porque no sería lícito ni moral que el incumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas del Estado redundase en beneficio del incumplidor.

SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1940.—*Defensa por pobre.*

Denegado el beneficio de pobreza a los recurrentes, en primer lugar por la aplicación del artículo 24 de la Ley procesal, por haber sido solicitado después de personados en los autos sin él y no haber intentado probar que han venido al estado de pobreza con posterioridad a esa actuación; y en segundo lugar por haber apreciado la Sala sentenciadora que sus medios de vida son incompatibles con los supuestos procesales definidos en los artículos 15 y siguientes de dicha Ley, resulta evidente la procedencia de la desestimación del presente recurso, sin que obste la sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 1892, citada en el recurso, que lejos de sostener la peregrina doctrina de que según el artículo 24 sólo habrá de demostrarse haber venido a peor fortuna cuando no conste que era nula con anterioridad a la época en que el litigante tomara parte en el pleito, sostiene la tesis contraria.

SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1940.—*Defensa por pobre.*

La sentencia, recurrida en casación, se funda para denegar el beneficio de pobreza en el hecho de que el recurrente no justificó que tuviese embargados o cedidos todos sus bienes, antecedente obligado para

que pudiera declarársele comprendido en el número quinto del artículo 15 de la Ley procesal. Y como no se ha demostrado que al hacer esa afirmación haya incurrido en error de hecho, patentizado por documento o acto auténtico, carácter que por otra parte no es dado atribuir para ese efecto a las manifestaciones hechas por los litigantes en sus respectivos escritos, ni a las actuaciones y decisiones judiciales, según doctrina reiteradísima de este Tribunal; y como, además, para la recta aplicación del precepto legal no basta acreditar el hecho del embargo o cesión de la totalidad de los bienes, sino también que el litigante no ejerce industria, oficio o profesión, justificación tanto más necesaria cuanto que probado se declara también que es abogado en ejercicio, es de toda evidencia que la sentencia dictada por el tribunal *a quo* no incurrió en la infracción que señala el recurso.

SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1940.—*Defensa por pobre.*

En el presente caso se trata de que la demandada, que viene litigando como pobre en la Primera instancia, y como tal se le ha reconocido por el Juzgado, al interponer la apelación y ordenar la Sala que justificara estar en trámite la demanda de pobreza, no lo justificó en el momento procesal y en el perentorio plazo de cinco días que al efecto se le concedió; y sí con posterioridad y previas distintas peticiones para reclamar al Juzgado todo requisito, estando en el momento de interponer el presente recurso de casación, incluso declarada pobre por sentencia firme: y esto sentado es visto que al negar la Sala el derecho de que en dicha apelación siguiera defendiéndose como pobre, infringió el artículo 27 de la Ley de Enjuiciamiento civil que se cita en el recurso, porque dicha parte acreditó tener solicitada en forma su demanda de pobreza, que es lo que exige dicho artículo en relación con el 28 y 29 del mismo Cuerpo legal.

SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1940.—*Beneficio de la defensa por pobre.*

No es admisible el recurso conforme al número tercero del artículo 1.729 de la Ley procesal civil, si la resolución recurrida se limita a denegar o suspender el curso de la demanda de pobreza, por no estar formada con los requisitos que la Ley establece, lo que deja a salvo

a los demandantes la posibilidad de subsanar las omisiones cometidas y abrir así nuevo curso a los autos. Así sucede en el presente caso, puesto que el auto recurrido rechazó el curso de la demanda de pobreza, hasta tanto que se formulase nueva demanda con arreglo a las prescripciones del artículo 34 y se prestase fianza bastante conforme al artículo 33, ambos de la Ley de Enjuiciamiento civil. Como los motivos legales de la inadmisibilidad son pertinentes para la resolución en el fondo, ha de desestimarse el presente recurso.

SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1940.—*Beneficio de la defensa por pobre.*

Tampoco pueden prevalecer los motivos de casación alegados en primero y segundo lugar, reducidos en síntesis a la cuestión de discernir si el beneficiario de una deuda alimenticia merece sólo por serlo que le ampare una declaración de pobreza, atendida la doctrina de este Tribunal contenida en la sentencia de 30 de enero de 1897, que no es contraria a la que entre otras se sustenta en la de 29 de abril de 1909, porque aquélla se refiere a los auxilios que se prestan en cumplimiento de una obligación legal y autoriza para tenerlos en cuenta a fin de apreciar si atendida su importancia puede o no quien los percibe litigar en concepto de pobre, y ésta se refiere a los que por su carácter gracioso, voluntario y esencialmente revocable no pueden constituir base segura de juicio para determinar por su sola virtud la situación de un litigante.

SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1940.—*Beneficio de la defensa por pobre.*

El recurso se limita a alegar la infracción del número quinto del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sin razonarla debidamente, pues sólo aduce que "el estado legal de quiebra de una Sociedad colectiva implica sobradamente, con arreglo a su definición legal, la carencia completa de bienes y derechos de todos sus componentes", fundamentación ésta que olvida que se trata en el caso de autos de una Sociedad de responsabilidad limitada. Por lo tanto, se ha de concluir que con arreglo al artículo 1.720, en relación con el 1.729, número cuarto de la Ley de Enjuiciamiento civil, carece de viabilidad el

actual recurso por no concretar ni razonar con la necesaria congruencia y claridad el sentido o concepto de la infracción atribuida al juzgador, y procede, por ende, recoger, en el actual momento procesal, esa causa de inadmisión para desestimar aquél en cuanto al fondo.

SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1940.—*Beneficio de la defensa por pobre.*

Al demandante fué negado el beneficio de la defensa por pobre por ejercer la abogacía como labor lucrativa. Con esta afirmación dejó fijado la Sala sentenciadora, en uso de su privativa facultad de apreciar las pruebas, un hecho bastante por sí solo para sustentar la procedencia del fallo denegatorio de la declaración pretendida, porque al ocurrir en la demanda alguno de los medios de vida con que el actor incidental cuenta, quedan sustraídos elementos de juicio necesarios al juzgador para que con conocimiento de la verdadera situación económica de aquél pueda otorgarle fundadamente el beneficio de pobreza; y comoquiera que el recurrente no ha combatido en la forma preventida en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal, ni en otra alguna, la expresada apreciación de hecho, siendo ésta básica y suficientemente determinadora del fallo recurrido, el recurso interpuesto ha de ser desestimado sin que haya necesidad de ocuparse de las supuestas infracciones alegadas por el recurrente.

SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1940.—*Infracción de ley.*

El 25 de enero de 1913 otorgó don M. F. testamento, legando al actor bienes raíces, que ahora reclama. Los demandados hacían valer en los Tribunales de instancia que dicho testamento debía considerarse revocado por el testamento codicilo otorgado en 25 de mayo de 1916, así como por una carta del testador de 29 de septiembre de 1926. Finalmente, alegan el contrato de arrendamiento del año 1893, hecho por un apoderado de don M. F. a favor de los demandados. La Sala sentenciadora ha condenado a los demandados, juzgando que el testamento codicilo deja subsistente el testamento de 1913; que la carta no fué protocolizada, según el artículo 689 del Código civil; y que el contrato de arrendamiento contenía la condición de que el propietario daría por terminado el contrato cuando así le conviniera.

El recurso, apoyándose sobre el artículo 1.692, números primero y séptimo de la Ley de Enjuiciamiento civil, invoca como documentos auténticos el codicilo, la carta y el contrato de arrendamiento. Pero un documento merece sólo el concepto de auténtico, si, además de llevar los requisitos intrínsecos y extrínsecos necesarios para su legitimidad, contenga en su texto afirmaciones absolutamente contrarias a las del juzgador de instancia, y en el presente caso ni existe contradicción alguna entre los documentos que se citan y las afirmaciones del Juzgado que ya tuvo en cuenta tales documentos para formar su juicio de conjunto sobre las cuestiones de hecho y derecho debatidas. Por lo tanto, ha de rechazarse el recurso.

SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1940.—*Falta de recibimiento a prueba.*

La Ley de Enjuiciamiento civil (artículo 1.693, números tercero y quinto) distingue entre "la falta de recibimiento a prueba cuando procediere con arreglo a derecho" y la "denegación ilegal de cualquiera diligencia de prueba que haya podido producir indefensión", resultando improcedente un recurso que se acoge a uno de estos motivos, habiéndose debido apoyar sobre el otro. Pero aunque el recurrente hubiera fundado su recurso en el número tercero del artículo 1.693 y razonando en apoyo de su pretensión, al amparo del número segundo del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no sería aquél más viable, porque conforme al precepto y número que se acaban de indicar, requiere el recibimiento a prueba en la segunda instancia, que la causa de no haberse podido hacer en la primera, la que se solicita no sea imputable al solicitante, circunstancia que no concurre en el caso en cuestión, en el que si en tiempo oportuno no llegó a practicarse la prueba pericial aludida en el recurso, fué por la negligencia y abandono del propio recurrente, quien sin tener en cuenta la dilatoria ritualidad que regula la admisión y ejecución de la prueba de peritos, no la propuso hasta el 1 de julio de 1936, habiéndose abierto el 23 del mes anterior el período de proposición, en el que con arreglo a lo dispuesto por el artículo 569 de la Ley rituaria, cabía proveer lo concerniente a que la prueba pudiera practicarse una vez abierto el segundo período, dejando después de comparecer en el día y hora señalados para la comparecencia de las partes a fin de que designasen el perito que

había de practicarla, con lo que bien pudo entenderse que hacia de ella abandono, y no instando un nuevo señalamiento para aquella finalidad hasta tres días antes del en que concluía el término de prueba para el que la diligencia se señaló, y aunque en este mismo último día fué suspendida indebidamente por haber interpuesto la parte actora recurso de reposición contra la providencia en que fué acordado, fácil es advertir que de todas suertes no habría podido practicarse ya la prueba, aun habiendo accedido el Juez a la pretensión que denegó, de que se habilitasen todas las horas del día en que el término expiraba, bastando para evidenciar lo inútil de esta habilitación para el efecto, que al solicitarlo se pretendía, la patente imposibilidad de que en tan breve tiempo como lo es el de un día, existan términos hábiles para que dentro de él queden debidamente practicadas las diligencias dispuestas por los artículos 616 y 618, 626 y 628 de la Ley de Enjuiciamiento civil, tanto más si se considera lo prevenido en los artículos 570 y 572 de la misma Ley.

SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1940.—*Casación; efectos de la sentencia penal sobre lo civil.*

La sentencia del Tribunal Supremo que tenemos a la vista contiene contribuciones a los dos temas arriba indicados.

Con respecto a los motivos de casación, el Tribunal Supremo repite sus doctrinas referentes a tres puntos: 1.º El error de derecho se ha de fundar en el incumplimiento por la Sala sentenciadora de algún precepto legal, que tase y obligue a dar determinado valor probatorio a la diligencia de prueba de que se trate. Los artículos 632 y 659 Ley Procesal conceden al juzgador de instancia soberana libertad de apreciación. Tampoco el artículo 1.240 Código civil, expresivo de un requisito de eficacia de la inspección judicial, contiene norma precisa de graduación probatoria; 2.º Los dictámenes de peritos y la diligencia de reconocimiento judicial carecen de autenticidad a los efectos de la casación; 3.º La contradicción, aludida en el número 4.º del artículo 1.692 Ley Procesal, debe darse en los pronunciamientos del fallo, no en sus razonamientos jurídicos, determinantes, en su caso, de otro motivo de casación.

El problema de la influencia de la sentencia penal sobre el proceso civil ha sido resuelto repetidamente por el Tribunal Supremo en el

sentido de desestimar, como norma general, la excepción de cosa juzgada, en atención a que un mismo hecho procesal pueda ofrecer aspectos y valoración jurídicos distintos, uno de orden penal y otro de orden estrictamente civil, que determinan la falta de identidad de causa de pedir en las respectivas jurisdicciones excluyente de la aplicación del artículo 1.252 Código civil, señalándose como salvedades de esta regla aquellos casos en que, sin la reserva o renuncia a que se refiere el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, se ejercita o entiende utilizada la acción civil juntamente con la penal y recae fallo condenatorio con pronunciamiento sobre pena e indemnización, y aquellos otros casos, comprendidos en el artículo 116 de la misma Ley, en que la jurisdicción penal declara que no existió el hecho que hubiera podido determinar el nacimiento de la acción civil. En el caso de autos no se da la última excepción de la regla general. La Jurisdicción criminal comprobó el hecho fundamental de que el derrumbamiento de la pared de la casa números 11 y 13 de la calle se produjo porque, al edificar el número 9 de la misma calle, se practicó una excavación profunda que dejó al descubierto los cimientos de aquella pared, sin que se tomaran las precauciones debidas para contener la base de los mismos, evitando posibles corrimientos de tierra. La sentencia penal absolutoria de los delitos de homicidio y daños por imprudencia temeraria no obsta a la condena en el juicio civil por razón de culpa extracontractual comprendida en el artículo 1.902 Código civil.

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1940.—*Desahucio.*

Si bien es cierto, como se alega en el recurso, que la fijación del precio debido no puede dejarse exclusivamente a la apreciación del demandante, no lo es menos que tampoco puede depender de la estimación y cálculos del demandado, sino que ha de resultar de los términos del contrato; y no apoyándose en éstos ninguna de las partes contendientes, y discrepando éstas acerca de la cuantía de la condonación o rebaja que deba descontarse del precio convenido, en atención a los hechos acaecidos y preceptos legales que estiman referentes al caso, es visto que, sin que tal discrepancia sea resuelta en el juicio declarativo correspondiente, no puede ser eficaz la acción del desahucio.

BIBLIOGRAFIA

“Das Volksgesetzbuch der Deutschen” (“El Código del pueblo alemán”).—*Frankf. Zeit.*, 24 noviembre 1940.

La Academia jurídica de Alemania viene dedicando parte importante de sus esfuerzos a la redacción de un Código popular, y no los ha interrumpido a pesar de las extraordinarias circunstancias por que atraviesa el Reich.

El profesor Hedemann, de la Universidad de Berlín, en una sesión pública celebrada por la Comisión encargada de los trabajos preparatorios, declaró que no es cosa insólita emprender tales tareas, que parecen propias de los tiempos pacíficos, en medio del estrépito de la guerra. También el Código Napoleón, el austriaco y el vigente B. G. B. se han preparado y concluído durante períodos bélicos. Precisamente con la vista puesta en la futura organización de Europa se realiza el trabajo. No se quiere publicar las partes ya concluidas, porque se prefiere presentar la obra total. Solamente se da a conocer la quintaesencia.

Ante todo, hay que hacer notar el carácter popular del lenguaje utilizado. Donde se pueda se empleará, como decía nuestro poeta, el *roman paladino*, sin que padezca la exactitud. Muchos capítulos principiarán en términos populares para adquirir después un tono rigurosamente jurídico. Así, por ejemplo, se tratarán bajo la rúbrica “Parentela”, tanto los consanguíneos como los afines, si bien más tarde se distinguirá con precisión entre ambos grupos de parientes. Como el lenguaje popular no distingue la asociación (Verein) de la sociedad (Gesellschaft), se designará con la palabra asociación solamente la que tenga personalidad jurídica, mientras se comprenderán en el concepto *sociedad* las que no tengan capacidad jurídica. En otro orden de consideraciones, el Código tratará de la venta, pero no de las ordenanzas de mercado. El derecho de trabajo ha adquirido durante el año la categoría de materia sustantiva, pero hay servicios que deben ser reco-

gidos en el Código. Antes que agotar las disposiciones que reglamentan un tema es preferible evitar la *inflación*. Se ha elegido el procedimiento de dejar a un lado las particularidades y las ordenanzas ejecutivas; para dedicarles luego leyes especiales o accesorias. No todo el Derecho vigente ha de echarse por la borda, pues algo hay utilizable. Es indudable que ha de conservarse el testamento, la sucesión hereditaria, la libertad de formas en los negocios, el matrimonio monogámico y el contrato como resultado de la oferta y de la aceptación. Pero en todo irrumpirá *lo nuevo* y aflorará frecuentemente el pensamiento nacionalsocialista. Así, el derecho de las personas deberá ser perfectamente reconstruido bajo las inspiraciones del honor y el nombre. La mujer tendrá una situación diferente de la actual: será más que una compañera del hombre, y estará no sólo autorizada, sino obligada a desenvolver sus actividades fuera del hogar. La privación de herencia ha de ser desenvuelta, en el derecho sucesorio, contra los enemigos de la patria. La propiedad recibirá nuevo cuño. "Planeamos el unificar las responsabilidades por el peligro creado, lo mismo en ferrocarriles, que en automóviles, obras, empresas y almacenes de explosivos. Daremos una ordenación completa a la responsabilidad por el riesgo." En lugar del concepto de *buenas costumbres*, hasta ahora prevalente en el Derecho, hablaremos de las bases fundamentales de la convivencia del pueblo.

Luego se refirió el profesor Hedemann a las particularidades de los problemas todavía en discusión. Aún se halla sin regular la responsabilidad del heredero por las deudas de la sucesión, existiendo dos proyectos contrapuestos. Viene después la lucha sobre las personas jurídicas. Finalmente se plantea la cuestión de si debe privarse de la personalidad al enemigo manifiesto del pueblo, introduciendo de nuevo la *muerte civil*. Ha sido desechada la llamada "Parte general", y a la cabeza del Código se colocarán unas reglas fundamentales que serán, más que un preámbulo de otras leyes, verdaderos artículos de fe. Han sido ya formuladas y presentadas al presidente de la Academia treinta y dos de esas máximas doctrinales. El Código contiene seis libros: 1.º El camarada o miembro del pueblo (*Der Volksgenosse*). 2.º El derecho de familia. 3.º Sucesión hereditaria. 4.º El derecho de contratación o de tráfico. 5.º La propiedad de los camaradas. 6.º El derecho sindical o de asociación. "Cuando se remate este trabajo—concluyó el profesor Hedemann—se habrá cerrado un magnífico período de la Historia alemana."

KARL RAUCH.—*Aumento de capital mediante los propios medios de la Sociedad*.—Reseña bibliográfica de la contribución del autor al “Homenaje a Ernst Heymann”; tomo II.—Weimar. Editorial Hermann Boehlaus Nachfolger, 1940 (págs. 148 a 232).

I

El aumento de capital de una Sociedad anónima (o de una Sociedad de responsabilidad limitada, o de otra Sociedad capitalista) puede realizarse de dos maneras: o mediante aportación de nuevo capital desde fuera (aumento normal del capital) o mediante la transformación de reservas de la Sociedad en acciones gratuitas. Las reservas pueden consistir en las ganancias de años anteriores o de la ganancia del año corriente. La operación financiera se efectúa o por ofrecer la Sociedad directamente las nuevas acciones a los accionistas (acciones gratuitas impropias) o por ofrecerlas a un Banco intermediario, que las ofrece a su vez a los accionistas (acciones gratuitas propias). En ambas formas se trata jurídica y económicamente del mismo suceso, por lo cual la moderna literatura combate el mencionado distingo. La Jurisprudencia alemana (Tribunal de Cuentas, en un dictamen, tomo IV, página 228, y en sentencias del 28-XI-1929 y del 9-IV-1930) interpreta la indicada operación de la manera siguiente: En primer lugar, la Sociedad reparte las ganancias entre los accionistas; luego les ofrece nuevas acciones, cuya suscripción se paga mediante cómputo de las ganancias. Así resulta la llamada “acción gratuita”, acción onerosa. Esta construcción tiene consecuencias prácticas, sobre todo, en el campo tributario, sometiendo una sola operación a dos impuestos diferentes. A pesar de lo artificioso de la descomposición de un suceso en dos, la literatura adopta, en general, el mismo criterio que la Jurisprudencia (véase, por ejemplo, *Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, ed. 14, Berlín, De Gruyter, 1933, nota 2.^a al 279), tanto frente al Código de Comercio como frente a la nueva Ley de Acciones del 30 de enero de 1937 (“Reichsgesetzblatt”, 1937, I, págs. 107 y siguientes; exposición de motivos en el *Deutscher Reichsanzeiger und Preussischer Staatsanzeiger*, del 4 de febrero de 1937, núm. 28). Rauch ataca la Jurisprudencia y la literatura, partiendo de una exposición del Derecho comparado y analizando luego sus raíces doctrinales.

II

1. El Derecho anglosajón desconoce el capital social en el sentido continental. Distingue entre el "authorised capital" (en los Estados Unidos "authorized capital stock" o "nominal capital stock") y el "issued capital" (o "subscribed capital" o "actual capital stock"). El primero es fijado en la escritura en que se constituye la Sociedad; y no puede ser excedido sin modificación de dicha escritura. Por lo demás, posee sólo "valor óptico" ("face value"). La nueva "Ley de acciones" alemana ha introducido también en la vida alemana el "capital autorizado"; pero, a diferencia del "authorised capital" del Derecho anglosajón, se entiende en Alemania por tal concepto la cantidad hasta la cual el "Consejo de Administración" puede aumentar el capital social sin tener que pedir permiso a la "Junta de accionistas". Tanto en Inglaterra (véase Palmer, *Company Precedents*, ed. 15, Londón, 1938, págs. 722 y 967 y siguientes) como en los Estados Unidos (véase Fletcher, "Cyclopedia of the law of private corporations", permanent edition, Chicago, 1932 a 1939, vol. XI, págs. 896 y siguientes), admítense en la práctica los aumentos del capital mediante la transformación de reservas en acciones gratuitas. Estas acciones reciben la denominación de "stock dividend". La definición es la que sigue: "Stock dividend is a conversion of surplus or undivided profits into capital stock, which is distributed to stockholders in lieu of cash dividend. It implies a continuance of the corporation with the same assets and the same liabilities." En ambos países se da al aumento normal del capital el tratamiento uniforme que merece, sin descomponerle artificialmente. No se trata del reparto de dividendos en forma de la atribución de nuevas acciones, sino meramente del pasaje de unos valores de una cuenta de la Sociedad a otra. En consecuencia, los accionistas no deben pagar los impuestos que gravan sobre los ingresos.

2. El derecho de las Sociedades anónimas en Francia se asemeja al Derecho alemán. Sería tal vez más exacto hablar de la relación inversa. Puesto que resulta que la teoría alemana de la doble operación, contenida en el aumento de capital por los propios medios de la Sociedad anónima, es de origen francés. Su creador es Houpin (*Journal des sociétés*, tomo XXII, 1901, págs. 51 y siguientes). Este autor des-

compone la transformación de las reservas en dos operaciones distintas: el reparto de las reservas, para el cual es suficiente una resolución mayoritaria de la "Junta General"; y la suscripción de las nuevas acciones, la cual exige el voto unánime de todos los accionistas. Los accionistas que discrepan pueden exigir que se les pague al contado su parte correspondiente en las reservas. La teoría de Houpin ha sido atacada con pleno éxito por Thaller ("Annales de Droit commercial", tomo XXI, 1907, págs. 190 y siguientes), que la califica como "procédé de scolastique". La "Junta General" puede, según Thaller, comprobar, en primer lugar, que las activas han aumentado; en segundo lugar, comprobar que el valor de la acción ha subido de 1.000 a 2.000 francos, para poner en concordancia el patrimonio de la Sociedad con el capital social; y luego, en tercer lugar, disponer que esta acción de 2.000 francos se descomponga en dos secciones de 1.000 francos. Todas estas comprobaciones y resoluciones pueden realizarse sin la participación personal de los accionistas. La opinión de Thaller convenció hasta a los partidarios originarios de Houpin (Lyon-Caen y Renault, Wahl, Rousseau, Decugis); y, finalmente, al continuador de la obra del mismo Houpin (Houpin-Bosvieux, "Traité général des sociétés", ed. 7, 1935, tomo II, págs. 10 y siguientes).

3. Dejando aparte Bélgica y Holanda, donde la teoría coincide con la nueva teoría francesa, dediquemos unas breves palabras a España, de la que Rauch hace caso omiso. El profesor Garrigues dice en su "Curso de Derecho Mercantil" (tomo I, 1936; tomo II, 1940) las siguientes palabras (tomo I, pág. 237): "Cuando una Sociedad decide elevar su capital, puede proponerse o bien aumentar efectivamente su patrimonio productivo mediante la aportación de nuevos elementos patrimoniales (aumento efectivo), o bien elevar sencillamente la cifra del capital, pero sin necesidad de ingresar nuevos elementos patrimoniales, o sea mediante un simple traspaso de cuentas en el balance (aumento puramente contable).... Para transformar en acciones las reservas o las plusvalías, es preciso revalorizar los elementos objeto de la plusvalía, sustituyendo el método de estimación por el curso o el valor actuales. Una vez realizada esta revalorización y expresada en un aumento de cifras en el balance, la segunda fase de la operación consiste en aumentar el capital en la misma cantidad que la de la plusvalía antes comprobada."

4. En algunos países se permite expresamente por la Ley el au-

mento de capital mediante los propios medios de la Sociedad. Así en Liechtenstein (Ley de 20 de enero de 1926), en Noruega (Ley de 19 de julio de 1910, artículo 27, párrafo primero), Suecia (Ley de 12 de agosto de 1910, artículo 47), Yugoslavia (Ley de 5 de octubre de 1937, artículo 345, párrafo primero), etcétera. La Ley sueca (loc. citada) dispone, por ejemplo, que el patrimonio social pueda ser aumentado por transformación de ganancias ahorradas en patrimonio social, a no ser que se incorporen al fondo de reservas. Se permite también la expedición de nuevas acciones.

III

Después de esta exposición del Derecho comparado, ataca Rauch las raíces doctrinales de la teoría alemana del "doble suceso". Según su opinión, arraiga la mencionada teoría equivocada en la no menos equivocada opinión de que el aumento del capital representa una nueva fundación parcial de la Sociedad, dogma que en España adopta también Garrigues (l. c., p. 236). La fundación de la Sociedad se realiza mediante la aportación de capital, que, naturalmente, llega a la Sociedad desde fuera, ya que no puede venir en aquel momento desde otro sitio. Al equiparar el aumento con la fundación, se entiende ahora por qué la teoría alemana exige la aportación de capital desde fuera; y, en consecuencia, el móvil de su interpretación del "doble suceso". La equiparación del aumento de capital con la fundación tiene razones históricas. La Ley alemana de 1870 no conocía seguridades para el aumento, y sí para la fundación. La consecuencia era que las Sociedades se fundaban con poco capital y lo aumentaban luego libremente, sin estar sometidas a restricciones y garantías de ningún género para los acreedores y el público. Para contrarrestar esta perniciosa práctica, estableció Nissen, en el año 1874, la doctrina de que el aumento implica una fundación parcial ("Zeitschrift fuer des gesamte Handelsrecht", tomo XIX, pág. 357), llegando así al resultado apetecido de poder aplicar al aumento de capital las seguridades prescritas en la Ley para la fundación. A partir del momento en que el legislador se hace cargo de la situación e introduce garantías para el aumento de capital, ya no nos hace falta la teoría de Nissen, que tenía un valor meramente instrumental. El aumento de capital representa, en verdad,

un cambio de Estatutos; y ni siquiera el cambio más importante. Bien es verdad que la "Exposición de Motivos" a la nueva "Ley alemana de Sociedades anónimas" afirma lo contrario, considerando el aumento y la reducción del capital social como los cambios más importantes de los Estatutos; pero no lo es menos que la fusión y la modificación de la finalidad de la Empresa representan cambios más fundamentales. Tratándose, por lo tanto, de un cambio de Estatutos, ha de examinarse en cada caso si procede o no la aplicación analógica de los preceptos sobre la fundación. Esta cuestión debe contestarse en la afirmativa con respecto al aumento ordinario. Siempre que el capital llega de fuera, existen los mismos peligros para los acreedores y el público que en la fundación. Pero si el aumento se realiza por medio de los propios recursos de la Sociedad, no existe igualdad de situaciones. En el caso de que el aumento se efectúe por transformación de reservas, trátase de una mera medida de contabilidad; el patrimonio de la Sociedad queda intacto. En la hipótesis de una mera transformación de las ganancias netas, se aumenta materialmente la fortuna de la Sociedad. En ambos casos debe prescindirse de la suscripción de acciones.

GEORG LENZ.—"Die Erneuerung unseres Verfahrensrechts aus dem germanischen Rechtsdenken" (La renovación de nuestro Derecho procesal dimanante del pensamiento jurídico germánico), artículo publicado en *Deutsche Rechtswissenschaft* (ed. por Karl August Eckhardt, tomo II, cuaderno IV, págs. 325 a 356, Hanseatische Verlagsanstalt, 1937).

El autor de este artículo ya no es desconocido a nuestros lectores, que han sido enterados de su nueva obra "Neue Grundlagen der Rechtsfindung" (v. REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 552 y 685). Sin embargo, insistimos en los trabajos de este autor, puesto que aspiran a una compleja "transformación de valores" conforme al nuevo espíritu alemán: la sustitución del pensamiento jurídico romano por el pensamiento jurídico alemán. El autor comienza con una exposición del Derecho procesal moderno, formado bajo la influencia romanista, de la que podemos prescindir por tener presentes las ideas fundamentales del Derecho procesal moderno. Después Lenz destaca los "Leitmotive" del proceso germánico. El proceso germánico desconoce la se-

paración de las partes, por un lado, y del Juez, por el otro. La comunidad, en forma del "Thing", juzga como Juez; y aun habiendo ya Jueces como cargos independientes, estos Jueces son meramente ejecutores de la voluntad del "Thing", al que deben reunir así que se les planteen dudas de cualquier clase. Las partes pertenecen a la comunidad que juzga; no están colocadas aparte. Al revés, otros miembros de la comunidad pueden verse de repente en papel de parte, si de las investigaciones resulta que tienen algo que ver con el asunto debatido. Las investigaciones no parten del actor y de su pretensión, sino del demandado y de su derecho a la defensa. Este derecho es, a la vez, un deber. El demandado no puede limitarse a negar los hechos alegados por el demandante. Más bien ha de explicar al Tribunal su situación jurídica. Así se opone al concepto romanista de la "actio" la noción germanista de la "Gewere" (derecho a defensa). El demandante puede hacer valer que él tiene el verdadero derecho a defenderse, puesto que, aunque no posee la cosa discutida, debiera tenerla. Estos principios del proceso germánico introduce Lenz en la ciencia y en la práctica moderna del Derecho procesal. En primer lugar, aborda Lenz la relación del Juez y de la Ley (párrafos 335 a 345). El Juez debe inspirarse en el Pueblo al fallar sus sentencias. El Pueblo es representado por el "Führer", ya que salta a la vista que en un gran Estado el Pueblo no puede reunirse con frecuencia como el "Consejo abierto". El "Führer" proclama sus sentencias de antemano en forma general, llamándolas "leyes". Pero también tiene el derecho a actuar en un caso concreto como Juez, representando la Comunidad. Si deja de representar a la Comunidad, se transforma en un tirano. Si una ley (y eso ocurrirá sobre todo con leyes anteriores a 1933) no reproduce ya la concepción de la Comunidad, no debe ser aplicada. He ahí un relajamiento de la célebre vinculación del Juez a la ley. Sobre este tema hay dos opiniones opuestas en la literatura del Eje. Mientras que la mayoría de los autores ven en ella una limitación del Juez a favor de los individuos y, por lo tanto, un principio liberal, otros autores creen que la vinculación del Juez se efectúa en provecho del Poder ejecutivo. El primer grupo opina consecuentemente que el Estado totalitario no debe reconocer el mencionado principio. El segundo grupo, en cambio, con no menos rigor lógico, mantiene la tesis de que precisamente el Estado totalitario, que realza el Poder ejecutivo, debe conservar la vinculación del Juez a las leyes. Forman parte del segundo

grupo autores como Zimmerl, Delitala (en *Rivista ital. di diritto penale*, vol. VII, 1935, p. 592) y Bettiol (l. c., vol. IX, 1937, p. 242) (v. sobre ambas doctrinas Schaffstein en "Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaften", tomo LIX, 1940, p. 530). En segundo lugar, trata Lenz de las relaciones entre Tribunal y partes (páginas 345 a 353). El Juez debe partir de la situación actual e investigar su desarrollo desde la presencia hacia el pasado. No debe partir de la pretensión del actor y analizar los requisitos necesarios para su eficacia. Lenz reproduce, finalmente, varios casos prácticos, resolviéndolos primeramente según la concepción romanista, y luego en virtud de las ideas germánicas. He aquí uno de estos casos: R. compra, por encargo de su cuñado G., y con el dinero de éste, un vagón de frutas para elaborar vino y enviar luego el líquido a G. Por la noche se encuentra el vagón en un garaje de R. Antes de poder comenzar su trabajo, el alguacil embarga el vagón por orden de un acreedor de R. G. entraña un tercería de dominio. El Tribunal de Primera instancia de Stuttgart opina que G. es propietario del vagón y de las frutas, puesto que R. ha querido adquirir ambas cosas para G., no importa si expresó o no expresó esta su voluntad frente al vendedor de las frutas (véanse §§ 157, 929, BGB). Lenz objeta con razón de que el vendedor transfirió la propiedad a R.; y que entre R. y G. no tuvo lugar todavía el acuerdo y la entrega; y que, finalmente, estas dificultades no pueden resolverse con una sencilla referencia a las buenas costumbres. Luego desarrolla Lenz la solución del caso según el método germánico. No se debe partir de la pretensión del actor G., y de las presuntas voluntades de los interesados. Hay que partir de la situación existente en el momento de la interposición de la demanda. En primer lugar, debe preguntarse: ¿Qué es objeto de la contienda? ¿Se trata de una demanda por "lo propio" o por "lo debido"? y en el último caso, ¿por dinero o por otro objeto debido (acciones u omisiones)? En este caso el debate no gira en torno de lo propio, sino en torno de una actuación del demandado. El demandante no quiere que el demandado le devuelva las cosas embargadas por ser él propietario, sino que el demandado renuncie a los derechos adquiridos por el embargo. Esta renuncia representa una actuación del demandado. En consecuencia, no es objeto del proceso la propiedad, sino la obligación del demandado de abandonar las cosas embargadas. El demandado invocará como legitimación el embargo. Por lo tanto, tiene que

defenderse ahora el demandante. Este debe hacer valer dos puntos: primero, que R. no podía disponer de las cosas; segundo, que él, G., tiene un derecho sobre ellas, puesto que, en caso contrario, no se comprendiera por qué él podría pedir la liberación de las cosas. G. se referirá a R. como testigo, para que declare que no es propietario; que ha comprado las frutas para G. y que las tenía guardadas sólo para elaborar vino. Del hecho de que las frutas no han llegado a la propiedad de R., dedúcese que R. no estaría legitimado frente al demandado; en cambio, no sigue de aquella conclusión de que G. es el legitimado. G. debe afirmar un derecho sobre las cosas, por ejemplo, la posesión mediata (§ 868 BGB), presumiéndose entonces su propiedad (§ 1.006 BGB). La prueba de esta afirmación no es difícil, puesto que G. puede referirse tanto a R. como al vendedor. ¡Esperemos los desarrollos de las nuevas corrientes neogermánicas, que fácilmente pueden revestir una importancia secular!

"Derecho Procesal Criminal" (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1940, páginas 515).

Rafael García Valdés, Vicesecretario del Gobierno del Tribunal Supremo, acaba de publicar, junto con un "Redactor de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*", un libro bastante voluminoso sobre "Derecho Procesal Criminal". El libro expone cuarenta temas, de los que los primeros dieciséis han sido abordados por el "Redactor de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*", mientras que los restantes se deben a la pluma de García Valdés. El libro distingue en el proceso penal, siguiendo las doctrinas de Graf zu Dohna (1) (con Rosenfeld (2) y Beling (3), los más conocidos procesalistas alemanes en esta materia), seis fases: 1.^a, una fase preliminar que abarca las actuaciones que se efectúan desde la realización del hecho delictivo, o desde su descubrimiento, hasta que el instructor procede a invocar el sumario; 2.^a, sigue luego el período de instrucción; 3.^a, después del sumario, y antes de penetrar en el verdadero juicio oral, encontramos

(1) *Strafprozessrecht*, 3.^a ed., 1929.

(2) *Deutsches Strafprozessrecht*, 1926.

(3) *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, 1928.

una etapa que, por estar colocada entre ambos, llaman los alemanes "Zwischenverfahren", procedimiento intermedio que encierra como trámites esenciales los relativos a la conclusión del sumario, al sobreseimiento, a la apertura del juicio oral y a la deducción de los artículos de previo pronunciamiento (o sea, en conjunto, los artículos 622 a 645, 666 a 679 de la Ley de Enjuiciamiento criminal); 4.^a, a continuación, el período del juicio oral, al que acaso convenga más la denominación que recibe en el Código de Justicia Militar (art. 540) y en la Ley de Enjuiciamiento de Marina (art. 256), es decir, plenario; 5.^a, la quinta fase es la de la impugnación de las sentencias penales de fondo, trátese de resoluciones definitivas (mediante apelación o casación) o de fallos firmes (mediante revisión); 6.^a, la sexta se refiere a la ejecución procesal, tanto de las penas como de las medidas de seguridad impuestas por los Tribunales (v. p. 12). Saludamos agradecidamente este enriquecimiento de nuestra escasa literatura patria referente al Derecho procesal penal.

Pío BALLESTEROS.—"Manual de Hacienda Pública" (Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1940, p. 378).

El autor pone de relieve en la Introducción (pág. 2) que las muchas obras sobre Hacienda Pública, salidas a luz en España en los últimos años, apenas mencionan a España ¡Piénsese en los libros de Eheberg, Flora, Griziotti, Van Der Borght, Englisch, etc.! Tampoco las notas de los traductores llegaron a llenar el vacío de debida manera. El libro de Ballesteros va encaminado hacia esta meta. El Capítulo IV de los Preliminares está dedicado a la aportación española a la ciencia de la Hacienda Pública, reuniendo nombres tan ilustres como los de Fray Francisco de Vitoria, Fray Domingo Soto, Fernando Vázquez Menchaca, el Padre Juan de Mariana, Don Diego de Saavedra Fajardo, etc. Prescindiendo de los Preliminares, consta la obra de dos partes. La primera trata de los gastos públicos; la segunda aborda los ingresos públicos. Al final del libro se encuentra un "Índice de personas". ¡Sería de desear que los libros fuesen también provistos de un "Índice de materia"!

Protección del sueldo contra embargos en Alemania.

El 30 de octubre de 1940 (Reichsgesetzblatt, I, 1.452), el Reich ha publicado un Decreto sobre la reglamentación unitaria de la protección del sueldo contra embargos, Decreto que encuentra su exposición en la Revista *Deutsches Recht* (1940, págs. 1.969 y siguientes). El Decreto rige en todo el Imperio alemán (inclusive Memel, Danzig, Eupen y Malmedy, etc.). Por "sueldo" ("Arbeitseinkommen") se comprende tanto los salarios de los obreros como los sueldos de los funcionarios y los emolumentos de otros arrendadores de servicios, siempre que se trate de sueldo pecuniario. El Decreto resuelve la cuestión batallona por la protección de los salarios referentes a horas extraordinarias, declarando inembargable la mitad de éstos (es decir, la mitad del salario entero para horas extraordinarias consistente en el salario normal aumentado por un suplemento). La cantidad inembargable ha sido fijada por el Decreto a 130 marcos (585 pesetas). Además, escapan al embargo tres décimas partes de aquella cantidad del sueldo que excede a 130 marcos. Si el ejecutado está obligado a alimentar a alguien, puede retener por cada alimentista otra décima parte. Si el sueldo es inferior a 230 marcos, el acreedor puede embargo sin excepción alguna, al menos, una décima parte de la cantidad que excede de 130 marcos. Si el sueldo es superior a 230 marcos, la garantía indestructible del acreedor se extiende a dos décimas partes. El Decreto permite, en ciertos casos, el llamado "embargo de reserva o de precaución" ("Vorratspfändung"), es decir, el embargo del sueldo futuro.

Noticias acerca del "Registro de la Propiedad" en Alemania.

1. Dos libros, recientemente publicados en Alemania acerca del Registro de la Propiedad, pueden interesar a nuestros lectores: a) El doctor Siefert, presidente de una Sala de una Audiencia, ha publicado en el año 1938 una colección de las Leyes y Decretos referentes al "Registro de la Propiedad". La colección abarca ocho secciones: 1.^a "Registro de la Propiedad" y preceptos relacionados con ello; 2.^a Ley sobre la jurisdicción voluntaria, etc.; 3.^a Código civil, etcétera; 4.^a Derecho agrario y campesino; 5.^a Disposiciones de la juris-

dicción contenciosa; 6.^a Derecho de Hacienda y de divisas; 7.^a Reglamento sobre las costas, etc.; 8.^a Otras prescripciones que no pueden agruparse en ninguna de las secciones antecedentes. El libro se denomina: "Grundbuchführung" (Sämlung der für die Grundbuchführung wichtigsten Gesetze, Verordnungen und amtlichen Verfügungen) (Karlsruhe, Macklotsche Druckerei, 1938, precio: 18,80 marcos) (1).

b) El doctor Hesse acaba de publicar un comentario voluminoso a la "Ley sobre el Registro de la Propiedad": "Grundbuchordnung in der Fassung der Bekanntmachung, v. 5, VIII, 1935, nebst Ausführungsverordnung, Grundbuchverfügung und Sachregister" (Berlín, de Gruyter, 1939, ps. 952, precio: 14 marcos). Se trata ya de la segunda edición de una obra que se ha abierto rápidamente camino (2).

2. a) El doctor Kowalski es el autor de un librito sobre la "hipoteca independiente" ("Grundschuld"), que ya ha alcanzado su segunda edición: "Die Grundschuld in modernen Grundbuchverkehr" (Berlín, Hermann Sack, 1939, ps. 90, precio: 3 marcos). La "Grundschuld" alemana representa, como es sabido, una carga independiente sobre los inmuebles, oponiéndose en este particular a la hipoteca que se llama "accesoria" por asegurar meramente un crédito principal (3).

b) La Audiencia Territorial de Berlín, el célebre "Kammergericht", ha dictado, el 2 de noviembre de 1939, un interesante auto sobre la reunión de varias hipotecas en una sola hipoteca nueva: una llamada "hipoteca de unidad" ("Einheitshypothek"). El "Kammergericht" sigue en su auto al del Tribunal Supremo alemán del 27 de junio de 1934; que ha permitido la formación de una "hipoteca de unidad", si las diferentes hipotecas reunidas poseen el mismo rango o se suceden inmediatamente, si el crédito asegurado es unitario o se estructura de modo unitario al formarse la "hipoteca de unidad", y si los intereses y las condiciones de cancelación y de la devolución del capital son idénticas (4).

- (1) V. *Deutsches Recht*, 1940, pág. 102.
- (2) V. *Deutsches Recht*, 1940, pág. 151.
- (3) V. *Deutsches Recht*, 1940, pág. 103.
- (4) V. *Deutsches Recht*, 1940, pág. 116.

Problemas que plantean las fincas amayorazgadas (véase "Deutsches Recht", 1940, págs. 1.758 y siguientes).

Los lectores de la REVISTA están ya enterados de la Ley alemana de 29 de septiembre de 1933 sobre fincas amayorazgadas o vinculadas (véase REVISTA CRÍTICA, 1936, págs. 233 y 234, y 1940, página 153), Ley que creó la institución del "patrimonio familiar". Después de la muerte del labrador, pasa la finca indivisa al heredero privilegiado ("Anerbe"). El uso de la comarca decide de si el hijo menor o mayor ha de ser el heredero privilegiado. En caso de duda, se resuelve la cuestión por el "Tribunal de herederos privilegiados" ("Anerbengericht"). El labrador puede nombrar libremente al sucesor en la finca amayorazgada mediante testamento, si, al promulgarse la Ley en aquella comarca, no existía el uso del heredero privilegiado, o si, existiendo este uso, el padre podía libremente determinarle. El legislador partía de la base de que la comprobación del uso hereditario respecto a fincas amayorazgadas debía ser una tarea fácil para el Tribunal especial. Sin embargo, resultó todo lo contrario. Por esta razón se concedió al Ministro de Justicia y al Ministro de Abastecimiento y de Agricultura la facultad (artículo 9 del Decreto de 26 de abril de 1939) de establecer de manera obligatoria qué uso existe en las diferentes comarcas alemanas respecto a estas cuestiones. Se dividió la materia en dos secciones, según se trataba de la sucesión legal o testamentaria. En el primer caso (sucesión legal) existen tres hipótesis. 1.^a Según el uso, el hijo mayor es el heredero privilegiado; 2.^a Según el uso, el hijo menor es el heredero privilegiado; 3.^a No existe ningún uso determinado. En el segundo caso (sucesión testamentaria) hay de nuevo tres hipótesis: 1.^a No existía antes de la Ley de 1933 la institución de las fincas amayorazgadas; 2.^a Esta institución existía; y el labrador tiene el derecho de libre determinación; 3.^a El labrador no tiene este derecho. El 28 de septiembre de 1940, ambos Ministros han publicado los resultados de sus investigaciones. En el partido judicial de Kiel resulta, por ejemplo, referente a la sucesión legal, que en la mayor parte del territorio rige el derecho del hijo mayor. Sin embargo, existen comarcas en el mismo partido judicial en las que se observa el derecho del hijo menor; y otras en que no se observa nin-

gún uso determinado. En lo atinente a la sucesión testamentaria, resulta que en el partido judicial de Kiel, en general, no se permite la libre designación por el labrador.

KURT KUECHLER.—"Die Sicherungsgrundschuld". (La hipoteca independiente de garantía). (Berlín, Junker und Duennhaupt, 1939, páginas 116).

La prestigiosa revista alemana *Deutsches Recht* trae en su número de febrero (1940, p. 316) una reseña de la obra arriba indicada. Como es sabido, distingue el Código civil alemán la hipoteca ordinaria y la hipoteca independiente. La hipoteca ordinaria representa un negocio causal frente al crédito al que asegura, lo que quiere decir que su validez depende de la validez del crédito (principio de la accesoriedad de la hipoteca ordinaria). La hipoteca independiente, en cambio, no depende en su validez de ningún otro negocio. Puede ser que ni siquiera exista un segundo negocio. El propietario de una finca puede, por ejemplo, para proporcionarse dinero, "vender" una hipoteca independiente al que le da el dinero, en vez de prestárselo y establecer una hipoteca ordinaria en garantía del crédito dimanante del préstamo. Sin embargo, generalmente se establece una hipoteca independiente para garantizar un crédito (hipoteca independiente de garantía). Pero esta finalidad de garantía es meramente de índole económica y no trasciende a la esfera jurídica. La hipoteca es independiente del crédito garantizado y representa, por lo tanto, un negocio abstracto. La cesión del crédito no implica la de la hipoteca independiente, y viceversa. La extinción del crédito no implica la de la hipoteca independiente, y viceversa. Así son, en lo fundamental, las reglas de la teoría dominante sobre la hipoteca independiente. Véase, por ejemplo, M. Wolff, *Das Sachenrecht* (Marburg, 1929, artículo 132, 1, 2, p. 468).

Kuechler distingue, enfrentándose con la teoría dominante, tres negocios en torno de la hipoteca independiente de garantía: 1.º El crédito, que se pretende garantizar; 2.º El negocio, en el cual el deudor (o un tercero) se obliga a establecer la hipoteca independiente; 3.º El establecimiento mismo de la hipoteca independiente. Dicho establecimiento es abstracto frente al negocio descrito bajo segundo;

pero no lo es frente al crédito asegurado. La hipoteca independiente y el crédito se encuentran, más bien, en una comunidad finalista. Si, por lo tanto, el acreedor obtiene la satisfacción, qra por hacer valer el crédito, ora por hacer valer la hipoteca independiente (que, por regla general, grava sobre la finca del deudor, aunque pueda gravar, también sobre la de un tercero), hásé conseguido el fin común, o sea la prestación dirigida al acreedor: en consecuencia, no corresponde al acreedor ni el crédito ni la hipoteca independiente. Como se ve, representa el libro del autor sólo el "fragmento de una gran confesión" (Goethe): una parte de la gigantesca lucha, librada por la nueva ciencia alemana a los negocios abstractos, hijos del maldito normativismo del siglo pasado.

AMANDIO DOS SANTOS CRUZ.—"El derecho de representación en el Derecho Sucesorio portugués". *Bol. da Fac. de Dir. Coimbra.* Supl, ao vol. XV-73-161.

INTRODUCCIÓN.—Distingue el autor la herencia testada e intestada (aludiendo a la legitimaria o "forzosa") para hacer notar que en el sistema italiano la sucesión representativa se admite tanto en una como en otra, mientras en el portugués sólo se da en la *ab-intestato* (1). El autor plantea dos problemas: *a) Cuándo tiene lugar la sucesión legítima; b) Cuál es su fundamento racional.*

*a) Por muerte del De cuius y sobrevivencia del llamado (supuestos generales), y, además, por falta total o parcial del testamento, anulación, revocación o caducidad del mismo y vocación del sucesor *jure proprio* o *jure representationis*.*

(1) En España la cuestión es discutidísima. El art. 766 del C. c., colocado en la sección que trata "De la institución de heredero", declara que "el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 (*incapacidad del hijo o descendiente*) y 857" (*desheredación*). No puede asegurarse que la representación se extienda a todos los supuestos de la sucesión testada aquí estudiados. Las SS. del T. S. de 31 de diciembre de 1895 y 11 de octubre de 1899 acuden a la intención del testador y al alcance de sus palabras (art. 675 del C. c.) Con otros autores, Valverde (*Tratado de Derecho civil español*, 4.^a edición. V, 404) admite el derecho de representación testamentaria "en la parte referente a las legítimas". Por valiosos que sean los argumentos de Giménez Arnáu en el artículo que de-

El artículo 1.969 del Código civil portugués presenta un cuadro de seis grupos de sucesores, y el artículo 1.970 indica que el pariente más próximo excluye al más remoto.

b) Ni la copropiedad familiar, ni la comunidad doméstica explican los sistemas individualistas; solamente los vínculos de sangre o la presunta voluntad del *de cuius* son su apoyo (derivan del *ius familie*, del *ius sanguinis*, del *ius connubii* o del *ius imperii*). Pero es absurdo que sólo herede un hijo, porque los otros hayan premuerto, sean indignos o se hallen en ignorado paradero, y de aquí el *derecho de representación*.

(Cap. I).—EVOLUCIÓN HISTÓRICA.—I.—1.º *Ley de las XII Tablas*: Si los herederos *sui* son todos de primer grado heredan *per capita*; si no, *per stirpes* (aun en los casos de premoriencia, emancipación o *capitis diminutio*). 2.º *Derecho pretorio*: Por medio de la *bonorum possesio* fueron llamados los hijos emancipados y los adoptivos, manteniéndose la sucesión por estirpes, pero para corregir las ventajas de los hijos que fuera de su casa habían constituido un patrimonio y de las hijas dotadas, se instituye, como remedio igualatario, la *colatio bonorum*. Los emperadores conceden a los hijos el derecho de suceder en el lugar de su madre predefunta y se extiende la sucesión representativa por consideraciones de afecto natural o lazos de sangre. 3.º Época postclásica: *Derecho justiniano*: La Nov. 118 dispone en su Capítulo I, con referencia a los descendientes, la sucesión *per capita*, y si algún hijo ha premuerto, *per stirpes*, y al tratar de los colaterales, también la admite respecto de los hijos *ex fratre*, de hermanos *ut in suorum parentum jura succedant*.

II.—1.º *Derecho griego*: Admite la sucesión por estirpes, tanto dicó a la materia (véase en el núm. 141 de REVISTA CRÍTICA), hay que reconocer que no desvanecen las dudas que provocan los textos legales, ni tienen presentes las siguientes observaciones: a) En la sucesión testada hay que dar valor decisivo a la voluntad e intenciones del testador y a los preceptos que la interpretan (por ejemplo, el derecho de acrécer) o suplen (por ejemplo, los artículos 769 y 771). b) Las fórmulas que se intentan aplicar al derecho de representación *ex filio* no sirven para la representación *ex fratre*, en que no juega la legítima del representado. c) La posición del indigno o del desheredado se distingue normalmente de la correspondiente al incapaz, al condicionado y al premuerto (aunque éste haya perecido en riña o duelo; o se haya suicidado o haya sufrido pena capital). d) El hijo o hermano repudiante de la herencia testada cierra el paso a los nietos o sobrinos si tiene categoría de representado.

a favor de los descendientes *ex filio* como de los descendientes *ex fratre*.

Pueblos bárbaros.—No existió al principio la *representación*, pero más tarde la admitieron, por influencia del Derecho romano y de la Iglesia, la *lex burgundiorum*, la *lex ripuaria*, la *lex visigotorum*, los *libri feudorum*, y algunos Estatutos que la concedieron en grados lejanos.

III.—*EDAD MEDIA*.—*Derecho intermedio*: Aparece ya la sucesión por estirpes con el nombre de derecho de representación, apoyada en una ficción legal (identificación de las personas, de representante y representado o medio de atenuar, sin negar, el principio de proximidad de grado). Reconocida en algún tiempo la máxima "no se da representación del vivo" (*viventis non datur representatio*), se discute hoy hasta la posibilidad de representar al repudiante.

Azon y Accusio no estaban conformes en lo relativo a la representación de los sobrinos cuando no quedaban hermanos; tampoco había conformidad en la representación más allá de los bisnietos, y se vacilaba cuando el número de descendientes era igual. Y la interpretación de las fuentes, como basada en la ficción de proximidad y en el probable afecto, era restringida.

IV.—*DERECHO MODERNO*.—*Francés*.—Espontáneamente, o para evitar la iniquidad de despojar a los descendientes del hijo premuerto, se introduce la vocación de aquéllos (*rappel à la succession*), y se desarrolla en las costumbres con gran variedad por razón de los llamamientos, de los bienes o de los representados (por ejemplo, lo es el renunciante en Normandía). Por el *rappel* se consideraba miembro de la familia el que nunca había formado parte de ella: de aquí que Pothier lo definiera como *ficción*. Pero el fundamento romano responde a la sucesión por estirpes y es una verdadera sustitución legal. El mismo Pothier considera al representante como heredero. Durante el período revolucionario se promulgaron muchos decretos sobre la sucesión hereditaria (derogando privilegios por razón de sexo, primogenitura, legitimidad...). En los trabajos preparatorios del Código civil se presentan hasta cuatro proyectos, y en el mismo Código aparecen los siguientes principios: la representación es una ficción; se admite en favor de los descendientes *ex filio* o *ex fratre* hasta el infinito y se da respecto de personas muertas natural o civilmente y de los ausen-

tes, pero no del renunciante o del indigno (aunque los descendientes de éstos pueden suceder *jure proprio*).

Derecho italiano — Los antiguos Códigos admitían la representación como una ficción (excepto el Sardo), y sigue al último el Código civil derogado hace meses. La representación presupone la premoriencia, ausencia o indignidad de un descendiente, de un hermano o de un descendiente de hermano; se da sólo en la línea descendente, *in infinitum*, por estirpes y sin saltos.

V. CONCEPTO.— No es una verdadera representación, ni una ficción; es una excepción al principio de grado próximo, desenvuelta como una sustitución legal. Le falta la característica del ejercicio de un derecho *por otro* y la transmisión del representado al representante. La expresión *derecho de representación* es equívoca: a) Porque no existe relación de afinidad o dependencia con el sustituto general; ya que el representado no hereda ni muerto ni vivo. Glück establecía una distinción entre descendientes *ex fratre* (que sucedían *jure predefuncti*) y descendientes *ex filio* (que tienen un derecho propio). Consecuencia de la doctrina pura era la no representación de personas vivas (indigno o repudiante). Pero se fué admitiendo la del indigno premuerto, luego la del vivo y detrás la del repudiante; b) Porque ni el premuerto, ni el indigno, ni el ausente han adquirido, y el verdadero llamado puede haber renunciado a la herencia de aquéllos. El representante sucede por sustitución al *de cuius*; no representa al representado, ocupa su puesto y mejora el grado. Se trata de una excepción al principio de proximidad de grado, con llamamiento directo. El contenido del derecho está determinado por la cuota que correspondería al sustituido si éste hubiere sucedido en realidad.

No hay que confundir la sucesión *jure representationis* (por ejemplo, la de dos hijos de una hija premuerta) con la sucesión *jure transmissionis* (por ejemplo, la de dos hijos de la hija que murió después de su padre, sin aceptar ni repudiar su herencia). El transmitente ha sido heredero; el representado, nunca; en el patrimonio de aquél figura ya la herencia o el derecho a aceptarla, que pasa a sus propios herederos. En la transmisión hay dos herencias; en la representación, una sola. La capacidad y la indignidad se regulan atendiendo allí al segundo causante; aquí al primero y único. Los transmisarios son variadísimos; los *representantes*, tasados.

Cap. II. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS.—1.º *Concepto* (arts: 1.980-1.984).—La ley llama a ciertos parientes de una persona fallecida a suceder en todos los derechos en que ella sucedería si viviese (1).

Por este mecanismo, el más próximo pariente no excluye al más remoto. Aun basando la sucesión *ab intestato* en el afecto, ésta no sigue, rigurosamente al grado. El legislador no quiso admitir una ficción de proximidad, sino que sentó una excepción y la regula como *sustitución*. 2.º *Condiciones*: Se da en la línea descendente, no ascendente, y en la transversal para los hijos de hermanos (2); hoy, por virtud de una nueva redacción, *in infinitum* en ambos casos. Siempre con división por estirpes en cuanto haya un solo representado (3). Este, en el caso de premoriencia, sería una persona premuerta: hijo o ulterior descendiente del *de cuius*; hermano o descendiente de hermano, según las líneas. El representante es nieto o ulterior descendiente del *de cuius*, sobrino suyo o ulterior descendiente de su hermano. El representante es descendiente del representado. Dicha sucesión *jure proprio* une al representante con el autor o causante de la herencia, aunque el *contenido* de su parte alícuota se fija en atención al representado. En Derecho portugués, contrariamente a lo que pasa en Italia, el mecanismo se admite sólo en la sucesión intestada. Puede representarse a una persona, después de repudiar su herencia o de haber sido excluido de ella por indigno, o a pesar de que en vida de aquéllo todavía no estaba concebido el representante (4). No puede suceder el representante al *de cuius* si es incapaz respecto de él (ausente, indigno, premuerto, no viable o *nondum conceptus* al morir aquél). La representación se da *in infinitum* (5), pero tienen que hallarse completos los

(1) El art. 924 de nuestro C. c. llama derecho de representación al que tienen los parientes de una persona para sucederle (!), pero el T. S., en S. de 18 de diciembre de 1908, rectificó el concepto, afirmando que los representantes heredan por derecho propio, no al representado, sino al postmuerto

(2) V.: el art. 925 del C. c. esp., que limita el derecho de representación a la línea descendente y a la colateral en favor de los hijos de hermanos.

(3) Se hereda siempre por estirpes en los casos de representación, según el artículo 926 del C. c. esp.

(4) Es la doctrina española, derivada del art. 928, a cuyo tenor no se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado su herencia.

(5) Si concurren solamente los sobrinos, heredarán por partes iguales (art. 927 del C. c. esp.); si nietos, por representación (art. 933)

grados (por ejemplo: si un sobrino renuncia, el resobrino pierde el derecho de sustituirle). Admítese desde 1930 sin dificultad la concurrencia de hijos o descendientes legítimos con los ilegítimos, prohijados o reconocidos; pero en la línea colateral los hermanos ilegítimos, sus descendientes y los descendientes ilegítimos de hermanos legítimos no heredan si hay hermanos legítimos. A falta de éstos o de sus descendientes legítimos heredan los prohijados o reconocidos del mismo modo. Y si muere el hermano ilegítimo es probable que se aplique el mecanismo de la representación a los hermanos ilegítimos cuando concurran con sobrinos (1). 3.º *Presupuestos*: La premociencia es el tipo claro, pero no consigna el legislador portugués la máxima francesa: *Viventis non datur representatio*, puesto que la admite por ausencia o indignidad, y sólo por razones históricas se deniega la representación del repudiante (2). Hay que advertir que la referencia de la legislación italiana a los *incapaces* es oscura y engendra discusiones sobre la representación de los interdictos por sentencia o profesión religiosa. Pero, en fin, los hijos de incapaces suceden como sucederían si éstos hubieran fallecido. En verdad, el premuerto y el ausente son *incapaces absolutos*; el indigno es *incapaz relativo* (respecto de ciertas personas; (3). La doctrina equipara a la premociencia la muerte simultánea (por ejemplo, en el mismo naufragio, del padre y uno de los hijos; (4). Respecto de la ausencia, basta la declarada o presumida para provocar la representación (5). En cuanto a los hijos del indigno que, según Pothier, no debían soportar injustamente las consecuencias de un acto delictuoso ajeno, y a quienes el Código Napoleón reservaba el derecho *propio* co-

(1) La equiparación de los hijos establecida por los artículos 25 y 43 de la Constitución de la República no ha sido desarrollada en estos particulares, y la representación de los hijos naturales reconocidos y de los legitimados por concesión real se halla limitada por los artículos 940 y 941 (concurrencia con otros descendientes de hijo natural) y por el art. 942 (cuota forzosa).

(2) La defectuosa redacción de nuestro art. 922 parece autorizar la representación del que *no quisiere suceder*, pero la no representación del repudiante se deduce de los artículos 766, 923 y, sobre todo, del 927.

(3) También los términos empleados en los artículos 761 (incapacidad), 766 (incapaz de heredar) y 929 (desheredación e incapacidad) plantean problemas análogos en España.

(4) V. el art. 33 del C. c. esp.

(5) Ni los artículos 195 y siguientes del C. c. esp., ni los que los sustituyen en la ley especial de ausencia, están muy claros en este punto.

respondiente a su grado, el Código portugués, siguiendo al italiano, les concede también el derecho de representación. Hay dudas sobre si la indignidad es una verdadera incapacidad o una exclusión de la herencia, y sobre si el indigno puede solamente adquirir, pero no retener (Derecho romano y Pothier). En cualquiera de estas teorías surge la necesidad de representar al indigno. Esta categoría comprende a los privados del derecho a la herencia y a los desheredados. Para retirar toda ventaja a los excluidos, el Código italiano les priva de la administración y usufructo de los bienes heredados por sus hijos durante la menor edad; el Código portugués les concede la administración (1). Por último, el Código portugués niega la posibilidad de representar al repudiante, preceptuando que su parte acrecerá a los otros coherederos. Ciertamente, si no hay otros parientes más próximos, pueden los hijos del repudiante suceder por derecho propio (2). Además el repudiante (por ejemplo, de la herencia paterna) puede representar al repudiado (por ejemplo, para suceder al abuelo). El autor, con frase dura, afirma que la no representación del hijo o hermano repudiante es una aberración de la ley, contraria a la lógica, a la equidad y a la justicia. El repudiante es como él premuerto: *no heredero*. ¿Acaso la ley se funda en la presunción de que el representado, si pudiera, aceptaría la herencia? Parece más bien fundarse en la voluntad del causante y en la continuidad de la estirpe. ¿Por qué ha de colocarse en lugar preferente a los hijos del indigno, a pesar del resentimiento del causante? La doctrina creyó equivocadamente que se trataba de una verdadera representación y negó la de una persona viva. Permitirla en los casos del ausente y del indigno y rehusar la del repudiante es absurdo. 4.º Efectos: El representante es un sustituto legítimo. Examinemos ahora las hipótesis para decidir cuándo hay sucesión representativa: 1.ª Concurrencia de hijos o hermanos con nietos *ex filio* o *ex fratre*: A (De cuius). Aquí D y E son

llamados con B, que es más próximo en grado; la división se hace por estirpes ($B = D + E$). Si A hizo una donación colacionable a C, han de

(1) El art. 761 del C. c. esp. deniega al excluido el usufructo y la administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos (legítima del padre), y el 857 lo repite en otros términos. El art. 973-2.^o regula el mismo supuesto de *justa desheredación* en la reserva del binubo, pero refiriéndose al padre o madre.

(2) V. el art. 923 del C. c. esp.

colacionar sus hijos. Caso de que A fuese hermano de C y B, no hay colación. D y E no están obligados a colacionar las donaciones que A les hubiera hecho. 2.^a Concurrencia entre descendientes *ex filio* (1)

A — B	X	C	X	D	X
F — E	X	G-H-I (renunciante)			J
K — L		M	—	N	

Muere A y le sobreviven cinco sobrinos, cuatro resobrinos, dos hijos del premuerto E y otros dos del renunciante I. Estos últimos no heredan. Son llamados F (en representación de B), G y H (en representación de C) y J (en representación de D). K y L representan sucesivamente a E y B. Se ha puesto en duda si los resobrinos suceden con los carnales, mas después de la reforma del Código, la doctrina lo acepta. 3.^a Concurrencia de nietos, bisnietos o de sobrinos en grado igual, pero en número diferente dentro de cada estirpe (2). Para quien ve en la representación una manera de salvar las diferencias de grado, el problema no existe; para quien admite una sustitución legal, sí. El autor mantiene esta figura y sus consecuencias: distribución por estirpes, colación cuando proceda (3), pérdida del derecho por los hijos del renunciante (aunque sean parientes más próximos que el resto). 4.^a Concurrencia de descendientes o de sobrinos en el mismo grado y número. La cuota (salvo las consecuencias del repudio y colación) es igual a la que correspondería si la herencia se dividiese por derecho propio; pero como subsisten las estirpes, dentro de cada una juega el derecho de acrecer. 5.^a Llamamiento de los descendientes del hijo (o del hermano) único por su premoriencia, indignidad o ausencia. En Italia la controversia era muy viva, por no estar el caso comprendido en el artículo 730 del Código civil. Las dudas en Portugal no son legítimas; sólo se rechaza la representación si, por ejemplo, los nietos son todos hijos de padres renunciantes. Con esto queda protegido el bisnieto que concurre con nieto tío suyo. Y hasta se dará la representación en la herencia del nieto único de hijo único, con fuerza para robustecer las donaciones hechas

(1) V. el art. 934 del C. c. esp.

(2) Téngase presente la diferencia entre los artículos 933 (nietos) y 927 (sobrinos) en nuestro Código.

(3) Segundo el art. 1 038 del C. c. esp., los nietos colacionan lo que el padre debiera colacionar y lo que hubieren recibido del causante. En cambio, los padres (artículo 1 039) no colacionan en la herencia del ascendiente lo donado por éste a sus hijos.

a tercero que no violaren la legítima del hijo. De otro modo, el poder dispositivo del abuelo quedaría a merced del hijo indigno.

En resumen: los efectos de la representación se refieren a la concurrencia de grados de parentesco desigual, a la división por estirpes, a la colación, a la exclusión de los descendientes del repudiante y a la reducción de donaciones (1).

A. D. SIDERIS, profesor de la Universidad de Salónica.—"La enfiteusis en el Derecho griego moderno".—*Bul. int. de Droit Agricole*, 1940, I.

1. *Naturaleza y función.*—La enfiteusis o arrendamiento hereditario, institución genuinamente griega, fué el medio que los monarcas bizantinos, desde Zenón (siglo V), creyeron adecuado para crear una clase media de agricultores que se unieran libremente a la tierra cultivada; y se encuentra, como tipo intermedio de arrendamiento y propiedad, en las Basílicas (siglo IX), a la caída de Constantinopla (siglo XV), bajo la dominación turca (siglos XV-XIX) y en nuestros días, regida por el Derecho romano bizantino. Ha servido para explotar la tierra bajo todos los regímenes, en las islas Jónicas, en el Peloponeso y en el Atica, si bien limitada al cultivo de viñedos y olivares.

Pero los enfiteutas, amenazados por las malas cosechas, por las dificultades de producción, por los obstáculos a la salida de los productos, podían caer en comiso, carecían de crédito personal y no disponían del hipotecario. Los remedios empleados en Corfú (rescate a base del 6 por 100 y, más tarde, del 12; anualidades y derecho de vender, sin el consentimiento del propietario) no dieron resultados por falta de capitales y crédito agrícola. En 1912 se impuso el rescate forzoso en la

(1) La doctrina desenvuelta en este trabajo no es aplicable, ni aun con las variantes de nuestro Código civil, al tipo de representación extraordinaria que regula el artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940: "Las disposiciones testamentarias en que se hubiere designado a algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento nacional, recobrarán su eficacia en favor de los hijos o nietos, herederos legítimos del premuerto." Aquí no se trata de hijos o descendientes del hijo o del sobrino, sino de hijos o nietos del heredero (cuálquiera que sea), y se exige que los representantes sean herederos legítimos (frase algo ambigua) del premuerto (a quien se concede esta honra).

misma isla y se creó una Caja nutrita por impuestos locales, en especial el establecido sobre el aceite exportado, lográndose la desaparición de la enfiteusis perpetua.

2. *Reformas modernas.*—Como consecuencia de la reforma agraria de 1917, que suprimió los latifundios y concedió a los colonos y llevadores los medios de adquirir la propiedad, fué votada en 1920 la ley relativa a la enfiteusis sobre las siguientes bases: el enfiteuta que haya llevado diez años puede voluntariamente rescatar, indemnizando, el fundo; se prohíbe la constitución de enfiteusis perpetuas, o por más de treinta y tres años; al terminar este plazo, si no se ha fijado otra duración, el enfiteuta se transforma en propietario, sin indemnizar; el canon para las existentes no puede exceder del 20 por 100 del rendimiento bruto, y para las futuras del 15 por 100, y la disolución se decreta por el Tribunal a petición de los interesados. A beneficio del propietario, mediante indemnización satisfecha al enfiteuta, puede extinguirse la enfiteusis en el caso de que el fundo rústico se haya transformado en solar edificable por la extensión de una ciudad o barrio.

3. *Indemnizaciones por mejoras.*—La indemnización debida, en su caso, al propietario, se determina teniendo en cuenta: a) El valor de la tierra en el momento de la concesión; b) Los gastos hechos por el cultivador, y c) El valor actual del fundo.

Sea S la indemnización, A el valor de la tierra inculta, B el total de gastos hechos por el enfiteuta y C el valor actual; la fórmula será: $S = A + 3/10 [(C - (A + B))]$. Si $A = 100$, $B = 500$ y $C = 1.000$ por hectárea, $S = 100 + 3/10 (1.000 - 600) = 100 + 120 = 220$. De manera análoga se calcula la indemnización debida al enfiteuta, cuando rescata el propietario:

$$S_1 = B + 7/10 [C - (A + B)] = 780 \text{ en el caso propuesto.}$$

Si la enfiteusis se ha establecido sobre fundo cultivado, el enfiteuta no puede pedir la resolución antes de los veinticinco años y sólo por los dos tercios del fundo, quedando el otro tercio para el propietario, sin indemnizar al enfiteuta. Las indemnizaciones deberán pagarse en cinco plazos con un interés del 4 por 100.

4. *Disposiciones especiales en las islas Jónicas.*—Como desde 1814 al 1864 han constituido unos Estados unidos bajo el protectorado inglés, se rigen por el Código de 1841, según el cual el enfiteuta recibe

el fondo para cultivarlo y mejorarlo, con la obligación de pagar un canon.

La enfiteusis es perpetua (salvo en Corfú) o temporal, con veinte años de minimum y sin maximum; se constituye en documento notarial y transcribible, o por usucapión y legado... Las disposiciones del Código son análogas a las del Derecho romano; más duras para el enfiteuta en lo relativo al pago del canon; más favorables en mejoras y atendiendo a los intereses de la agricultura con la prohibición de fraccionar el predio.

Conclusión.—La ordenación de la enfiteusis es romana, con modificaciones que no alteran su estructura económica y son más bien de política agraria. La tarea de reconstrucción jurídica queda para el Código civil griego.

LA REDACCIÓN