

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVI

Diciembre de 1940

Núm. 151

## Derecho inmobiliario

I. Razón del tema.—II. Idea general del Derecho Inmobiliario: Historia, concepto y contenido.—III. Sustantividad.—IV. El Derecho Inmobiliario en la Doctrina y en la Legislación.

### I

Parecerá empeño infantil el pretender desarrollar el tema que encabeza estas líneas en una Revista profesional y técnica. ¿A estas alturas volver sobre el concepto fundamental y sin pretensiones ni novedades? Hay dos razones, sin embargo, que mueven a lanzar estos renglones al pregón de la imprenta. Es la primera, la conveniencia de invitar a discurrir sobre el concepto general del Derecho Inmobiliario, porque es tema poco estudiado. Si apartamos el capítulo del profesor Jerónimo González en sus "Estudios de Derecho Hipotecario", y los párrafos que le dedica el que fué maestro de varias promociones de Registradores, Campuzano, en sus "Contestaciones a los programas de Registros y Abogados del Estado", poco nos queda sobre la cuestión. La mayoría de los civilistas no la desarrollan, y los especialistas (Morell, Galindo, etc.), más atentos al problema práctico y al comentario legal que al concepto general, la soslayan o la exponen de pasada. Es la segunda, la utilidad de comenzar por el cimiento, por lo elemental, en este renacimiento de nuestra Revista, después de tres años de febril ansiedad por la vida de

España, en los que el Derecho Inmobiliario, fruto de horas tranquilas de paz, quedaba arrumbado allá en el fondo oscuro de los recuerdos inservibles, como cosa inútil o, por lo menos, secundaria.

## II

Para llegar a un concepto claro del Derecho Inmobiliario, es preciso estudiar primero el proceso de su nacimiento, de su formación histórica.

La mayoría de los civilistas enseña (1) que en el Derecho Romano apenas tuvo trascendencia la distinción entre cosas muebles e inmuebles. Las mismas normas regulaban su vida jurídica, generalmente. Por excepción y en contados aspectos, se les aplicaba diferentes preceptos. Fué la Edad Media, el Derecho Medieval, más concretamente, el Derecho Feudal, el que empieza a diferenciar jurídicamente los muebles de los inmuebles. Y ello, porque la propiedad inmobiliaria había adquirido extraordinaria preponderancia: era el elemento capital de la riqueza y llevaba consigo "señorío". Los muebles y semovientes (armas, alhajas, objetos de uso, animales de uso y consumo en general) quedaban en una consideración secundaria. Consecuencia: que el derecho aplicable a los inmuebles empieza a diferenciarse del aplicable a los muebles y a tener un contenido más extenso y complejo.

Pero cuando la diferencia llega a ser profunda y esencial, cuando aparece el Derecho Inmobiliario como especie, con existencia autónoma, es en los tiempos modernos. La propiedad territorial no implica ya en esta época "señorío" de estilo feudal; pero su importancia se revela aún más por la aparición del crédito territorial, del crédito con garantía de cosa inmueble, más fuerte que ningún otro, pues si todo crédito real es más seguro que el personal ("plus est cautiohis in re quam in persona", ha recordado nuestro Clemente de Diego), el crédito real *inmueble* ha de serlo más que ninguno, sobre todo si se combina con un buen sistema registral.

El Derecho Civil recoge esta importancia económica de la cosa inmueble, la estructura jurídicamente: una nueva rama con nombre propio ("Legislación Hipotecaria") va brotando en el viejo tronco de la Legislación Civil: está surgiendo a la vida el Derecho Inmobiliario.

(1) Véanse, además de los autores patrios, RUGGIERO, traducción de S. Súñer y S. Cruz, pág. 497, t. I, y ENNECERUS, traducción de B. Pérez y J. Alguer, pág. 555

Las cosas muebles (acciones, efectos públicos, cosas de uso y consumo), también de interés en la vida social y económica, siguen ocupando un plano secundario; su regulación es, por consiguiente, menos extensa, menos complicada, *diferente*, en una palabra. El Código Civil alemán, ha podido decir Ennecerus, establece, dentro del Derecho de cosas, un Derecho Inmobiliario y un Derecho Mobiliario profundamente diversos, siguiendo sólo en pocos aspectos principios iguales. Algo análogo podemos decir nosotros del nuestro, a pesar de no ser tan radical en la diferenciación, por representar un sistema ecléctico compuesto de raíces del Derecho Romano e innovaciones tomadas del Derecho Germano e incorporadas a la Legislación Hipotecaria.

De lo expuesto se deduce claramente el concepto y contenido del Derecho Inmobiliario. es aquella parte o rama del Derecho Civil que tiene por objeto los bienes inmuebles, pero precisando un poco más, hallamos que el Derecho Inmobiliario queda integrado por dos clases de inmuebles: 1.º Los que constan inscritos en el Registro, y 2.º Los que no constan; de ahí que podamos clasificarle en Derecho Inmobiliario Registral o tabular y Derecho Inmobiliario extrarregistral o extratabular, ambos unidos íntimamente en la doctrina y en la legislación, pues para fijar los efectos jurídicos del inmueble inscrito hay que referirse y compararlos con los del no inscrito y viceversa. El Derecho Inmobiliario Registral, como observaba Campuzano, ha adquirido una gran preponderancia, nacida de las importantes consecuencias jurídicas y prácticas que lleva consigo la inscripción, hasta tal punto, que, siendo a nuestro entender el Derecho Inmobiliario, Derecho Civil, por obra y gracia del Registro se convierten en Derecho Inmobiliario partes de otras ramas del Derecho, incluso Público, cuando se refieren a inmuebles objeto del Registro. Tales, por ejemplo, la materia de minas, de aprovechamientos de aguas públicas, etc.

### III

¿Tiene propia sustantividad o independencia esta rama del Derecho? Nuestro Campuzano ha sostenido la afirmativa. Nosotros creemos, sin embargo, que es ir demasiado lejos el afirmar que el Derecho Inmobiliario es una rama independiente del Derecho, dotada de propia sustantividad. En las clasificaciones que pudiéramos llamar consagra-

das (1) no aparece el Derecho Inmobiliario; en la Facultad de Derecho no hay asignatura que tal se denomine en sus planes de estudio; muchos tratadistas de Derecho Civil ni lo mencionan como especie, aunque profundicen en su contenido, y es que el Derecho Inmobiliario es una rama autónoma del Derecho Civil, pero nada más, y por mucho que crezca y prospere, nunca tendrá sustantividad independiente, siempre tendrá que nutrirse en sus instituciones fundamentales de la norma general y básica del Derecho Civil. Su mismo nombre, todos sabemos que es relativamente reciente, pues lo empleó por vez primera, como ha hecho resaltar el tan citado D. Jerónimo González, D. Bienvenido Oliver.

## IV

El Derecho Inmobiliario ha sido objeto, a partir de lo que pudiéramos llamar su aparición (promulgación de las leyes hipotecarias, regulación del moderno Registro), de estudio constante, en el que ocupan destacado lugar los Oficiales Letrados de la Dirección, los Notarios y los Registradores. La Dirección General, en sus resoluciones, de las que ha escrito Clemente de Diego "que tienen un alto valor por la competencia de los que las inspiran y porque siendo varias y constantes representan una jurisprudencia abrumadora", los tratadistas y civilistas, los especializados (Morell, J. González, Galindo, Campuzano, los colaboradores de esta Revista, en general), Serrano, con su estudio de la legislación inmobiliaria suiza, la divulgación, por traducción, de alguna obra sobre la materia de especialista extranjero, han creado un Derecho Hipotecario científico, constituyente, "de gran importancia por las circunstancias especiales de textos confusos y lagunas" (2) en que se ha desenvuelto la legislación inmobiliaria; derecho constituyente que ha logrado incorporar a la legislación positiva acertadas normas de indudable eficacia práctica, por ejemplo, la redacción del artículo 20 de la

(1) Derecho .....	{	Público. ....	{	Político. Administrativo. Penal Procesal. Internacional Público.
		Privado. ....	{	Civil. Mercantil Internacional Privado.

(2) J. GONZÁLEZ: *Estudios de Derecho Hipotecario*.

Ley Hipotecaria, según la reforma de 1934; el Reglamento del Colegio Oficial de Registradores, con sus atinadísimas disposiciones sobre interinidades, que le convierten de Reglamento de interés profesional en Reglamento de gran interés para el buen funcionamiento de los Registros, etc.

Puede, pues, concluirse que donde el Derecho Inmobiliario tiene su mayor vitalidad es en la doctrina, en el Derecho científico o constituyente.

\* \* \*

Alguna vez ha de lograr éste ver superadas las viejas normas fundamentales. Ahora es tiempo de volver a dar vida a aquel Anteproyecto de Ley Hipotecaria encargado por el Registrador y entonces Ministro señor Cantos, cuando las circunstancias turbulentas de España no estaban para preocupaciones técnicojurídicas. En esta Revista vieron la luz varias iniciativas de D. Julián Abejón, muy dignas de atenderse por el espíritu de observación profesional que encierran y por su utilidad práctica. Hoy tienen otra vez la palabra los especialistas que hayan sobrevivido a la tragedia. Estas líneas hacen cuanto pueden dar de sí: animarles e invitarles. ¡Adelante!

B. MENCHÉN BENÍTEZ.

Registrador de la Propiedad

## Algunas consideraciones sobre nuestra ley Hipotecaria y el tercero

La ley Hipotecaria se ha llamado ley de Terceros. ¿Por qué se ha llamado así? ¿Es exacta tal denominación? ¿Qué es el tercero? ¿Por qué hay tercero civil e hipotecario? Estas son las cuestiones a que con brevedad vamos a referirnos, porque el objeto nuestro es ver si con una visión general se aclara de una vez esa figura huidiza del tercero, que parece esfumarse apareciendo en el lado opuesto cuando se la quiere asir, siendo la desesperación de los tratadistas.

Sentimos que para que el trabajo aparezca completo, hayamos de repetir algo de lo que ya es conocido del mundo jurídico español y lo sentimos, porque precisamente es un defecto grave de éste el volver sobre sí mismo en el sentido de que para uno que se coloque en el límite del campo explorado y siga, o lo que es lo mismo, piense por sí mismo, son mil los que prevalidos de la extensión y de la ignorancia parcial de las nuevas generaciones de juristas, se limitan a, con más o menos alteración de forma u orden, volver a repetir una y mil veces lo ya sabido. Pocos pueblos podrán ofrecer una más clara delimitación de lo que en un momento sabe del mundo jurídico el mundillo de los juristas, pues aquí, con cuatro revistas, cuatro publicaciones y tres cuestionarios de oposiciones se sabe (claro que hay valiosas y honrosísimas excepciones) lo que sabe del Derecho ese mundillo de juristas, en que tan difícil es encontrar un pensamiento original.

Habremos a la fuerza de repetir cosas sabidas; pero advertimos que lo hacemos por la necesidad de centrar el trabajo, y que éste, en realidad, sólo es la indicación crítica que de la consideración de la limitación originaria de la ley Hipotecaria y sus consecuencias, con la lógica oposición de terceros dentro y fuera de ella, haremos al final.

El movimiento de codificación, ya vivo en España, recibió nuevo impulso tras la publicación del Código Napoleón, aparte otros trabajos;

nombrada por R. O. del 29 de enero de 1834 la Comisión formada por D. Eugenio de Tápiá, D. José de Ayuso y D. Tomás María Vizmanos. formuló el proyecto del 1836, apartándose del precedente francés, entre otras materias, en lo referente al régimen hipotecario, quizá influido por los trabajos de Grenier y Troplong; no se conserva la exposición de motivos que pudiera aclarar la idea de sus autores. Estos admitieron la especialidad y la publicidad de las hipotecas y de sustantividad, exigían la inscripción para el efecto real de la misma, menos en la a favor del fisco, la por precio aplazado y la a favor de los legatarios.

Por R. D. del 19 de agosto se formó nueva Comisión, habiendo quedado los trabajos de la anterior en el Ministerio de Justicia; y ésta inició su trabajo de elaboración de unas bases, siendo las referentes al régimen hipotecario las 50, 51 y 52. La idea la inició D. Domingo Ruiz de la Vega, y se discutió, aprobó y redactó la sección correspondiente el 20 de octubre de 1843, así: "Para adquirir la hipoteca, sea legal, judicial o convencional, no basta el título de adquisición, sino que se requiere absolutamente la toma de razón en el Registro público, desde cuya fecha data en todo caso el derecho real de la hipoteca misma. De esta regla no habrá más excepciones que las que se expresan en el Código."

Entendiendo el también vocal D. Claudio Antón de Luzuriaga que, de limitarse a la hipoteca la disposición, quedaba la obra incompleta, planteó el 25 de octubre del mismo año la generalización de la disposición. lo que dió origen a gran discusión, sobre todo entre Vega, Luzuriaga, D. Domingo Vila y García Goyena, y a falta de acuerdo, se propuso plantear a la Comisión general dos proposiciones en forma interrogativa: 1.<sup>a</sup> Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ¿será precisa la toma de razón en el Registro público?, y 2.<sup>a</sup> En el caso de decidirse afirmativamente, ¿será extensiva la inscripción a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código?

En sesión del 5 de diciembre de 1843 se resolvió afirmativamente, redactándose las célebres bases, que se comunicaron al Gobierno el 7 de marzo de 1844, la una, la 50, estableciendo la especialidad y publicidad de las hipotecas: "No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas (especialidad) y a virtud de la toma de razón en el Registro público (publicidad)." La 51, extendiendo lo dis-

puesto en lo anterior "a las cargas que limiten o modifiquen la propiedad, salvo las excepciones que determine el Código";<sup>1</sup> y la 52, lo que era fundamental para crear un régimen de publicidad inmobiliario y no meramente hipotecario. "Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público, y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código."

He aquí un plan de instauración de un nuevo régimen inmobiliario, sin que para nada aparezca en él la idea de tercero; se trata de una institución jurídica y se trata de un Registro de derechos; se le da fuerza sustantiva hasta donde deba tenerla, hasta lo que sea derecho; la vida de hecho queda fuera del Registro; el problema de éste es el del derecho, el normal de filtrar la realidad, pero no los problemas de relación entre dos mundos jurídicos, como habría de ocurrir después; aquí no hay más mundo jurídico aparte que el del pasado. La nueva norma extiende su imperio sobre toda la realidad presente y futura, y sólo tiene enfrente, como realidad jurídica extraña, la del derecho anterior; por eso es de necesidad lógica y de gran significación: A), el que los autores pensasen la norma, e íntimamente unida hasta en la misma base, tras la discusión, la aplicación de la norma al pasado; B), el que no pensasen en ningún tercero hipotecario, o sea el que pueda estar, con adquisición de presente, en uno u otro de los campos en que se habría después de escindir el Derecho inmobiliario español, pues para ellos el campo era uno; la forma de adquirir, una, y no habría ni idea de un tercero hipotecario, aunque, sin que hubiera aún surgido por contraste, faltase la idea del tercero civil.

Si esta base se hubiera mantenido, no se hubiera hablado nunca de tercero hipotecario; habríamos tenido un sistema inmobiliario general y hubiéramos tenido tercero civil; pero ni habríamos tenido un sistema inmobiliario especial hipotecario, junto a otro sistema inmobiliario general, ni una Ley hipotecaria fuera del Código civil, ni habríamos tenido los terceros en cada uno respecto al otro, sino el tercero general civil que no ha sido parte en una relación, que no se ha tenido en cuenta en una regulación y que puede ser afectado por lo convenido o por las consecuencias jurídicas de ella derivadas.

Pero la Comisión fué suprimida el 31 de julio de 1846 y reorga-



nizada el 11 de septiembre del mismo año, y en el reparto de trabajo de los tres vocales de la sesión de lo Civil se encomendó a Luzuriaga la parte hipotecaria, y al tratar de la compraventa, en sesión de 21 de octubre de 1846, surge la cuestión entre Luzuriaga, representante del orden hipotecario, que no queriendo ser tercero, digámoslo así, pretende, con razón, abarcar el orden entero inmobiliario, y García Goyena, representante del orden inmobiliario registral, liberal en la formación de los derechos.

Puesto que el Código francés, con esa mal llamada libertad, establece un sistema de transmisión, al que gratuitamente y sin disculpa llamara luego la Exposición de motivos "más espiritualista, más filosófico, sin duda", García Goyena sostiene que el consentimiento transfiere el dominio que se transfiere con la entrega de las cosas o desde que se perfecciona el contrato; que respecto a las partes hay transmisión y adquisición, por su voluntad o consentimiento; que para terceros debe haber la entrega. Luzuriaga exigía siempre la inscripción y la entrega, cediendo en esta adición ante la tradición española y a la realidad, y, de no ser así, que se respetase la base 52; proponía, pues, como medio de transigir que la traslación de dominio se hiciese por la inscripción en el Registro de Hipotecas y por la entrega.

Era demasiado fuerte la tradición y estaban demasiado en auge las teorías del título y modo de adquirir para que prescindiesen de aquél, y admitido el título obligacional con efectos reales, el modo se imponía como su opuesto necesario en ese reenvío del uno al otro, que es la fuerza y, al par, la debilidad de tal teoría; y, además, con el título obligacional con efectos reales, el modo-inscripción, debilitado, no podía excluir al modo-tradición antiguo; de aquí la admisión de dos modos de adquirir, sin que comprendieran que siendo uno un sistema entero de registro, no eran dos modos de adquirir, sino dos mundos inmobiliarios los que se iban a poner frente a frente.

Bravo Murillo terció en la discusión, alegando al sistema de transacción que parecía imponerse—admitiendo García Goyena, junto a su espiritualismo, la entrega, y Luzuriaga, junto a su formalismo, también la entrega—que la adquisición debía tener fijeza y no debía depender de dos acontecimientos diferentes; que había que resolver sobre ello, sin perjuicio de lo que se dispusiese en el título de hipotecas. Este "sin perjuicio" dejaba el campo abierto a la división del Derecho inmobiliario español; uno, el técnicamente adecuado como base indispensable

para el crédito hipotecario en régimen de publicidad; otro, el tradicional de adquisición por tradición, interpretado según la teoría del título y modo, adecuado al préstamo con garantía personal. La escisión se consumó, acordándose, y no podía faltar, naturalmente, la palabra "título", que "la transmisión verificada *por título* de venta no debe depender de la inscripción en el Registro", como mucho menos, aunque no se dijese, había de depender la transmisión hereditaria; en realidad, los dos títulos más importantes de adquisición quedaban, uno por sí y el otro el primero, artificialmente sustraídos al alcance del sistema inmobiliario, sólo sujetos a él por necesidad de crédito, pero no por necesidad jurídica; la inscripción habría de ser voluntaria. El sistema general inmobiliario español acababa de morir a manos del separatismo, digámoslo así, para ser gráficos; nuestro sistema sería un sistema hipotecario y un especial inmobiliario en lo necesario para sostener a aquél.

Hecha la escisión, sin conciencia de lo que se hacía, la realidad, que no se veía, tendría que imponerse, sin embargo, con la férrea necesidad de la lógica, y al no ser consciente, habría de aparecer disfrazada. Pues bien, el disfraz de la ruptura del sistema inmobiliario español se llama tercero.

García Goyena, que no veía lo que había causado, había de justificarse mentalmente con la idea, que se le imponía por la realidad de la ruptura a que había dado lugar, de la oposición entre las partes y los terceros. Con ello no sólo habría de romper, como había roto, la unidad inmobiliaria, sino que, como consecuencia inevitable de ella, iba a oscurecer y dividir la noción del tercero del Derecho civil.

Por ello, y quizás recordando que ya en la petición de las Cortes de Toledo del 1539 se pedía: "Suplicamos a V. M. mande que en cada ciudad, villa o lugar donde ouiere cabeça de jurisdicción, aya una persona que tenga un libro en que se registren los contratos de las qualidades dichas (censos y tributos et imposiciones, et ypotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores), y que no registrándose dentro de un término, no hagan fe, ni prueba, ni se juzgue conforme a ellos, ni por ellos sea obligada a cosa alguna *ningún tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor*"; que en Fuero de las Cortes de Zaragoza del 1398 se estableció que el principio del consentimiento de la Observancia 15, "De Donacionibus", no se extendía a tercero que pretendiera tener derecho a la cosa, y el de las Cortes de Zaragoza del 1495 separaba dos modos distintos de adquirir

el dominio de inmuebles: uno para las partes, herederos y acreedores personales, y otro para los acreedores hipotecarios, y que en caso de doble venta, a pesar de escritura hecha, el primero pasaría el dominio al segundo que se había entregado de la cosa; introduce la idea del tercero; ya inevitable, que será el disfraz del mundo hipotecario segregado, y por ello, en sesión a la que, por cierto, no asistió Luzuriaga, se encuentra la fórmula expresiva, un disfraz de lo hecho, modificando la Base 52.

"Para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público.

"No se reconocerá acción hipotecaria ni otras cargas que limiten o modifiquen la propiedad sino sobre finca o fincas determinadas y en virtud de la toma de razón en el Registro público."

Ya está hecho: el mundo de las partes es uno; el mundo de los terceros, apodo del mundo hipotecario donde rige la publicidad, es otro. Hay dos mundos inmobiliarios donde debía haber uno; habrá dos terceros civil e hipotecario donde sólo debía haber también uno.

Reorganizada la Comisión por Real decreto de 11 de septiembre de 1846, Luzuriaga sigue laborando en su mundo hipotecario y redacta su anteproyecto de dos títulos del Código civil: el de hipotecas (55 artículos) y el del Registro público (77), que presentó el 4 de mayo de 1848, indicando la conveniencia de que se oyese sobre ellos a los Tribunales superiores. En su campo mantiene los principios de publicidad y especialidad con toda energía. En doble venta será propietario el que antes inscriba su título; ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces o constitutivo de cualquier derecho real sobre los mismos surte efecto para tercero sino desde su inscripción; inscrito un derecho real constituido por el dueño según el Registro, tendrá preferencia sobre los constituidos antes no inscritos; inscrito un acto traslativo, no podrá inscribirse ningún derecho adquirido del propietario anterior sobre los mismos bienes.

El mundo hipotecario sigue elaborando y progresando dentro de su ámbito; el restante mundo inmobiliario sigue pasivamente en su inmensa fuerza de inercia, que aún perdura.

El Proyecto de Código de 1851, en su libro III, títulos 19 y 20, acoge casi sin alteración el proyecto de Luzuriaga, y éste, que cooperó

en los *Comentarios* que publicó García Goyena en lo referente a su especialidad, los presenta como un todo técnicamente unido, una ley Hipotecaria. "La sección del Código civil ha hecho la aplicación de estos principios (especialidad y publicidad) en este título y en el siguiente, y, en su consecuencia, *nuestra ley Hipotecaria* concuerda con los códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel doble principio; sistema que ha recibido el nombre de alemán porque, en efecto, alemana es su cuna y su teatro."

¿Se va viendo la necesidad lógica de un nombre especial a una cosa especial? ¿La necesidad de que fuese llamada Hipotecaria la ley de ese mundo hipotecario? ¿La necesidad de que, al no abarcar todo el régimen inmobiliario, se autoexcluyera del Código civil común, como luego la Historia, madre de su lógica especial, nos ha ido haciendo ver?

Todo está ya hecho: el que se aprobase o no el proyecto es cosa secundaria. El sistema español se caracterizará por la oposición de dos mundos inmobiliarios y porque este hecho aparecerá enmascarado tras el tercero; nuestra ley Hipotecaria se llamará ley de Terceros, no por, éstos, aunque los cite y a ellos se refiera, pues también el Código civil se refiere a los terceros en muchísimos artículos, sino por no ser una ley inmobiliaria general.

Por Real decreto de 8 de agosto de 1855, el Ministro de Gracia y Justicia, D. Manuel de la Fuente Andrés, ordena a la Comisión nombrada para revisar el proyecto del Código civil de 1851 que, aun con preferencia sobre el Código, redacte una *ley especial sobre hipotecas*. La necesidad externa del Crédito territorial quizá justificase la medida, pero ésta no se hubiera podido cumplir si no estuviera ya hecha antes de ordenarse; ya estaba hecha una ley especial, y esta ley imponía también, con necesidad, aunque de otra índole, su separación del Código general.

Decimos que la ley ya estaba hecha porque el sistema estaba fundado desde la reforma de la Base 52; porque el sistema español no es uno, sino dos, y ésa es su especialidad inmobiliaria; el que hay dos regímenes inmobiliarios, y esto estaba hecho desde la reforma. Desde entonces, lo que hasta entonces había estado unido, se había separado, y una parte, la hipotecaria, atrayéndose a sí el ámbito necesario a su fundamentación real, había progresado mucho más que el mundo inmobiliario civil y tenía ya forma casi acabada y, sobre todo, separada, aunque estuviese materialmente unida al proyecto de 1851.

El Ministro o sus consejeros fueron movidos por esta realidad; pedía a la Comisión una ley de hipotecas antes del Código, porque sabía que estaba más adelantada que éste; pedía la separación, porque sabía que formaba un todo no sólo perfectamente distinguible y separable, sino en parte opuesto al Código, regido por unos principios inmobiliarios distintos de los del Código, y señalaba a la Comisión los materiales utilizables de los trabajos de 1836, 1843, 1848, el anteproyecto de Luzuriaga de 1851 y concordancias e informes sobre éste, porque sabía que a través de ellos se había ido plasmando la realidad de que existía en España un régimen inmobiliario-hipotecario especial y una ley de éste: la ley Hipotecaria.

La nueva Comisión se encontró con un sistema ya hecho. Un sistema especial dentro del Derecho civil, y con arreglo a él y a lo ordenado empezó sus trabajos, que aumentaron el articulado de 179 a 416 artículos, y que aprobó el 4 de junio de 1859. Pero el hecho de que existía en España un mundo inmobiliario separado y una ley de éste que sólo conocían unos pocos técnicos e iniciados hubo de moverla, necesariamente, a explicar su alcance y contenido, por lo que acordó que se elevara el proyecto al Gobierno, con una comunicación o exposición acerca de "los motivos y fundamentos de sus principales preceptos".

Gómez de la Serna fué el principal autor, y se presentaron al Gobierno la ley, la Exposición de motivos y el Reglamento. El Ministro, D. Santiago Fernández Negrete, contestó mostrando su conformidad con la doctrina de la primera y que estimaba la Exposición de motivos como el mejor preámbulo y el más autorizado comentario de la ley.

Ahora bien: esta Exposición de motivos, ciertamente digna de alabanza y que, según D. Bienvenido Oliver, produjo extrañeza en muchos, exagerado optimismo en otros, asombro y admiración en todos y verdadero entusiasmo en la juventud aficionada a los estudios jurídicos, es una de las obras más paradójicas que pueden existir. Decimos esto porque nuestra primera ley Hipotecaria, que tiene la Exposición de motivos más técnica y elegante y de más valor de todas las leyes españolas, no tiene hecha la exposición del motivo principal de la misma oculto tras el tercero; contiene una constante referencia a éste, pero en ningún momento se dice el motivo y fundamento principal de la ley, que es el que en España se instauraban al par dos regímenes inmobiliarios separados: uno, el de la mayor amplitud, el civil ordinario; otro,

el más completo y perfecto técnicamente, el hipotecario e inmobiliario, en tanto ingresaba en aquél. Justificar al otro "no corresponde a la Comisión...; no toca a la ley de hipotecas, al menos desde el punto de vista del proyecto, entrar en su examen".

El régimen general inmobiliario roto no interesa a la Comisión más que en cuanto en parte ingrese como base en el régimen especial hipotecario-inmobiliario que regula, "cuando se trata de terceros"; por eso no nos debe extrañar como Oliver, sino comprender con cuánta lógica procedían en la Comisión cuando "dedica largos párrafos al examen de los sistemas propiamente hipotecarios a la sazón vigentes en los diferentes Estados, y es muy sobria en todo lo que afecta al régimen de la aseguración de la propiedad territorial, cuya adopción, por lo mismo que se trata de pueblos bastante distintos y diferentes del nuestro, era la más necesitada de justificación"; y "la mayor parte de su contenido está consagrada a exponer y justificar las disposiciones que tratan del derecho de hipoteca, a pesar de que esta materia sólo ocupa un título de los que forman la ley, dedicando poco espacio a las relativas a la seguridad de la propiedad territorial", "exponiendo con gran concisión las nuevas doctrinas acerca de la eficacia sustantiva de la inscripción" porque "se preocupó principalmente del régimen hipotecario propiamente dicho, dejando en segundo término el régimen adoptado para la aseguración de la propiedad y, en general, de todos los derechos reales sobre inmuebles, como lo prueba la explicación que da en el citado documento del principio de publicidad".

Todo lo que Oliver ve con extrañeza es cierto, pero todo ello es lógico, con una lógica inflexible impuesta. La Comisión ha de explicar un sistema hipotecario ya creado y que acepta, y dentro de él se encierra y canta sus excelencias; pero el hecho fundamental, que es que ese sistema hipotecario se caracteriza no por lo que es en sí, sino porque es parte de un sistema inmobiliario doble, resultante de una ruptura, no hecha por ella, sino hecha en 1846 y hecha sin clara conciencia de lo que se hacía y enmascarando lo hecho tras el tercero, eso no tenía conciencia de que era precisamente lo que más necesitaba exposición de motivos y fundamentos.

No es que falten tampoco, aunque nunca en general y directos; pero en la Exposición de motivos pueden separarse ahora, que con perspectiva histórica y conciencia de lo ocurrido podemos examinarla, dos partes en lo general, aparte de los motivos especiales: una, aquella en

que la Comisión expone los motivos del régimen hipotecario; otra, aquella en que, a través del tercero, se refiere al mundo inmobiliario que queda fuera de su ámbito.

La exposición clara y consciente de por qué se escindió el mundo inmobiliario, ésa ni la ponen ni se les puede pedir, pues no tenían clara conciencia de ello. La Comisión se encontró ya con dos mundos separados, cada uno con sus leyes y principios: la publicidad en uno no era lo que en el otro; ello no justifica por qué es así; acepta lo que encuentra y describe lo que encontró y acepta; al mundo hipotecario y al otro no lo justifica ni explica, máxime cuando en él no hay más innovación que la segregación del nuevo; perdura lo que era hacia siglos; por eso sólo hay referencias al mismo, y esas referencias se hacen a través de hacerlas al tercero.

Hay dos terceros, necesariamente, como hay dos mundos inmobiliarios; un tercero hipotecario que es todo él de un mundo frente a otro, como hay un tercero inmobiliario, también en el otro mundo, frente al hipotecario, y luego hay terceros entre sí dentro de cada uno de ellos.

Escribo en una Revista especializada: mi objeto es sólo indicar un nuevo punto de vista y llegar a fijar algo ese huido concepto de tercero, y como, además, varias veces me ha indicado su sabio director la conveniencia de no dar mucha amplitud a los trabajos, por eso no inserto párrafos de la Exposición que confirman ampliamente lo que digo, pero pueden leerse, y considerándolo desde esta opinión mía, se verá claramente en ella el juego de las ideas y conceptos que movieron a sus autores.

La ley Hipotecaria contiene las referencias a su especialidad frente al sistema inmobiliario por ella no informado a través del tercero; la ley Hipotecaria, por su especialidad, forma un mundo enfrentado al restante mundo inmobiliario, el mundo de los terceros.

Se comprende ahora la profunda necesidad lógica, porque esta ley no forma parte del Código civil, porque esta ley se sigue llamando Hipotecaria, porque esta ley se llama ley de Terceros y, más claro aún, porque el Ministro de Gracia y Justicia, cuando presentó el proyecto, completando tan inconsciente como acertadamente la Exposición de motivos, dijo que si se analizaba la ley en sus preceptos y espíritu, resultaba que el artículo 23 era la ley misma, y Morell dice que debía ser el primero de ella.

En este sentido no faltan, ciertamente, en la Exposición referencias constantes al tercero, llegando a decir: "La Comisión no se cansa de repetirlo: esto sólo se entiende respecto de los terceros poseedores", y "el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero, es una de las bases de la ley".

En efecto, ésta es una de las bases de la ley, pero no es la base del sistema inmobiliario español, sino la base que expresa en la parte hipotecaria la exclusividad de ésta. Fuera del Registro hay un régimen inmobiliario, pero, en el sistema hipotecario, ni se ingresa ni se le afecta sin someterse a sus leyes; "lo que no esté inscrito en el Registro no puede perjudicar a tercero, inscrito", "todo lo inscrito está a salvo de lo no inscrito; es tercero".

Esta es la esencia de la ley en su especialidad, y esto sí lo vieron y lo asentaron firmemente los autores de la ley. Estos bien vieron el progreso técnico logrado en su ámbito; se recrean en él y con la mejor buena fe esperaron que atrajese a todos, que su campo se fuera extendiendo por su superioridad técnica, que acabara por absorber al otro campo inmobiliario; hablando medio en broma, que no hubiera terceros hipotecarios, porque todos llegarían a serlo.

Por eso el tercero, es decir, el ciudadano de la nación hipotecaria, no debe ser afectado por lo que ocurra fuera de sus fronteras; lo que allí se haga no le afecta; los privilegios que allí se tengan, aquí no valen. Artículo 25: "Los títulos inscritos surtirán su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común."; el artículo 35 también habla en el punto neurálgico de roce: posesión, prescripción y registro, de la legislación común.

¿Se quiere más clara referencia a que hay dos legislaciones inmobiliarias: la común y la especial hipotecaria? En el terreno de ésta habitan unos ciudadanos llamados terceros, que pretenden, y ése es el sentimiento básico de su ciudadanía, que no les afecte nada de lo que ocurra fuera de sus fronteras ni de lo que haya ocurrido antes. Artículo 17: "Se considerará como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito." Artículo 27: ésta es la partida de nacimiento: el que no ha intervenido en la gestación de sus causantes, es tercero legítimo. Los artículos 23 y 25 miran hacia fuera; el artículo 27 mira hacia dentro del mundo hipotecario; expresa la fuerza de los principios de éste, soberanos en su campo; los allí nacidos de padre legítimos, causante inscrito (art. 20), refuerzan la ciudadanía hipotecaria de aqué-



llos (art. 34); no le perjudica al tercero no parte (art. 27) la nulidad (artículo 31).

De todo ello resulta una serie de reenvíos en que unas veces es tercero el inscrito, otras el que no; unas veces respecto a lo inscrito; otras veces no, llegando a hacer decir a un maestro, D. Jerónimo González, que es un concepto el de tercero hipotecario cada vez más impreciso y embrollado.

Según la Exposición, repetida en el artículo 27, su preocupación es el tercero que no ha sido parte en el acto o contrato inscrito, pero esto sería un caso de tercero civil; es menester que a su vez inscriba fundándose en lo inscrito, en que no era parte, para que surja el verdadero tercero hipotecario, al que se refiere la Comisión cuando dice de una venta que "si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción": los terceros.

A éste se refiere Calderón Neira en su definición: "El que ha inscrito un derecho real, habiendo adquirido de persona que en el Registro aparezca con derecho a transmitir."

No está mal; pero como al romper la unidad del régimen se ha roto también la del tercero civil, y ya, perdida ésta, sólo habrá una lucha del tercero hipotecario y el tercero civil que no lo es propiamente, sino tan civil como aquél, al ser inmobiliario en régimen no de Registro. Se habla de terceros sin inscribir, por lo cual, para unificar los dos terceros al no inscrito, que llamaba potencial, y el inscrito, o real, precisando más conceptos, pero aludiendo a los efectos externos del hipotecario, definía Díaz Moreno: "Para los efectos de esta ley y respecto de cualquier acto o contrato, esté o no inscrito, es tercero quien, no habiendo sido parte en él, adquiere después el dominio o un derecho real sobre los bienes a que el mismo acto o contrato se refiere e inscribe su título." El verdadero tercero hipotecario es, ciertamente, el que inscribe uno derivado de buena fe, el que utiliza plenamente la publicidad, esa armadura hipotecaria, tanto para excluir lo que no está inscrito y le perjudica, como para aferrar en su caso y utilizar lo que no está inscrito y le beneficia, perjudicando a otros que son terceros también, pues, con la confusión introducida y el disfraz de usar un nombre común para una cosa especial, el concepto, naturalmente, se esfuma al ir a asirlo; si se recalca el aspecto activo, pronto asoma con el mismo nombre el pasivo.

Dice Morell que el que inscribe crea los terceros hipotecarios, perjudicando a los que no han inscrito que son terceros respecto a él; pero, al par, este que inscribe es tercero, a pesar de ser parte, respecto a los perjudicados por su inscripción, teniendo, pues, el tercero una doble significación, y la ley unas veces llama tercero al que inscribe, al que perjudica (arts. 34 al 38), sin referirse, según él, al definido en el artículo 27, y otras veces llama tercero al que ni intervino, ni inscribe, y que por ello no puede perjudicar al mismo, y define: "Tercero es aquel que no ha intervenido como interesado en el acto o contrato inscrito, con relación a ese acto y a la persona que inscribe, y lo es también el que inscribe, con relación a cuantos no intervinieron en el acto o contrato inscrito."

Aquí se definen con toda claridad no el tercero hipotecario, sino los dos titulares inmobiliarios posibles, cada uno en su régimen, frente a frente, y sobre ambos flota el tercero civil, del que nadie se ocupa, ensordecidos por las luchas de éstos.

Cuando yo hacía mis apuntes para las oposiciones directas, definía el tercero: "Tercero es, respecto a una inscripción ajena, el que no intervino en lo inscrito, y tercero es, respecto a una inscripción propia, el que no intervino en actos o contratos no inscritos con anterioridad." Yo quería referir siempre la idea del tercero a una inscripción; no estaba mal para mis conocimientos de entonces, pero ahora veo claro: que también era arrastrado por la corriente y que son dos terceros de los que hablaba, y que me cegaba la preponderancia de uno: del que pretendía monopolizar el nombre.

No hace muchos años que el Sr. Uriarte pretendía prescindir del tercero hipotecario, y daba una formulación del contenido de varios artículos de la ley, sin recurrir al tercero, que creía inexistente. También es curioso que cuando con toda certeza veía que el tercero hipotecario podía sustituirse con la descripción de los efectos de las inscripciones, pues, ciertamente, el tercero no es más, en lo específico del hipotecario, que el nombre dado al beneficiario de la publicidad registral, se le imponía la consideración del tercero civil a que hacen referencia los artículos del Código que cita: 316, 405, 472, 516, 649, 650, 670, 671, 1.227, 1.230, 1.257, 1.526, 1.567, 1.690, 1.697, 1.698, 1.820 y 1.865.

Este tercero civil es el concepto unitario que se debió alcanzar y mantener, no cegados por el predominio absorbente adquirido y por el

nombre dado al titular de los beneficios hipotecarios. Este tercero, concepto fundamental del Derecho civil, no debió romperse en su unidad, y así no se hubiera enfrentado el tercero que se ha llamado civil de la Jurisprudencia, cuando ésta ha tenido que limitar la exclusividad del hipotecario, negando que lo haya sin inscripción (SS. 13 junio 1902 y 4 febrero 1927: "Las disposiciones de la ley Hipotecaria no pueden favorecer a quien no invoca derecho derivado de algún título antes inscrito."): que no precisa inscribir si no ha de afectarle (S. 30 mayo 1883): que la inscripción no es título de derecho (S. 8 marzo 1912), pues hay terceros en el campo inmobiliario no hipotecario, y que la inscripción es una mera formalidad que ni en verdaderas cuestiones entre terceros prevalece en determinados casos (S. 13 mayo 1908).

Es decir, que no todo el campo es hipotecario y que hay otro régimen inmobiliario que también tiene titulares y que también son terceros.

No es culpa del Tribunal Supremo el que haya tenido que sostener así, en medio del griterío del sacerdocio hipotecario, quizás a veces sin las palabras sacramentales de éstos, que especialidad no es privilegio absoluto, que hay otros terceros: la culpa es de los que no se atrevieron de una vez a hacer o, mejor dicho, a mantener, pues la base existía el año 1846, la unidad de régimen inmobiliario y aceptaron el separatismo jurídico, confiando en que acabarían por absorber, dada su mayor perfección e innegable superioridad técnica, el total de la realidad. Aun con un sistema perfecto unificado esto no es posible. ¿Cómo lo iba a ser con un sistema roto, doble en el campo jurídico, aparte de lo que ocurriera en el campo infrajurídico de las posesiones y tenencias?

Con razón ha ocurrido lo contrario de lo que esperaban; la realidad es la que se impone una vez y otra al Registro; amenaza convertirlo en un Registro de posesión, y a través de ésta hace retroceder la imprudente ofensiva del artículo 41, cuando quería sacar de los libros la realidad de la relación con el suelo, dando lugar a los trabajos de crítica de la reforma de 13 de junio de 1927, en que, para que todo sea paradójico en este sistema hipotecario nuestro, ambas partes tenían razón muchas veces, pues, en efecto, según el campo en que uno se sitúa, se ve la situación de modo distinto.

Por eso hemos querido dar este toque de atención e indicar este nuevo punto de vista para aclarar la gestación del peculiar sistema hipotecario y de su tercero o característica, pues la gestación del tercero

es la gestación de la limitación de la ley, de la ruptura de la unidad inmobiliaria. Que se vea que no se hizo un sistema general inmobiliario, sino un sistema inmobiliario-hipotecario y parcial; por eso el sistema español se diferencia esencialmente de otros y tiene peculiares características que, tras el huidizo tercero, como la principal, marca a propios y extraños, porque es doble; porque como hipotecario es muy completo, pero como inmobiliario es esencialmente limitado y doble, con oposición inevitable de dos diferentes.

Los autores de la ley creyeron en el pronto triunfo de ésta y, gozosos, labraron muy bien, a decir verdad, el campo que les fué acotado, esperando adquirir pronto todo el nacional. La realidad ha sido otra; ha sido lo imperfecto lo que sin cesar ha cercado y abierto portillos, infestando el campo registral, falto de medios ofensivos, encerrado en su férrea necesidad tecnológica, pero que había dejado una doble vida real fuera de él, no sólo la de las salvajes relaciones de hecho, sino de un Derecho inmobiliario con vida propia. Les sobró técnica y les faltó sentido político y de la realidad.

La ley aparecía engañosamente general, porque había Registros en Madrid y en Barcelona, pero no se veía bien que había vida inmobiliaria lícita extrahipotecaria, extrarregistral en Castilla y en Cataluña.

La no generalidad fué su grandeza y su miseria; el régimen más imperfecto vencía al más perfecto, como ocurre con las monedas; si no fuese por la presión fiscal, la debilidad real íntima del primero sería aún más visible. El régimen común se mantiene en la Base 20 del Código civil: "Los contratos, como fuentes de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos *al principio* de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas "

En España tenemos, pues, un régimen inmobiliario doble; al ser así, nuestro régimen, caracterizado por ello, ha de revelarse en cada campo en función del opuesto, al par que su régimen propio, de no haber clara idea de ello, la expresión de la realidad se hizo a través del tercero, con lo que, al par, se rompió también la unidad de éste.

El concepto de tercero debe ser general civil, y es un concepto necesario el ordenamiento civil, y definimos a éste: "Tercero es aquella

persona cuyos derechos han de ser tenidos en cuenta en las consecuencias de una disposición jurídica que produce sus efectos en consideración o por actos de otras personas."

Este concepto es el general civil, y dentro de él, como casos particulares, se habría podido hablar de que unos y otros de los titulares de nuestros sistemas inmobiliarios pudiesen encontrarse en situación de terceros, como extraños unos a otros, de un modo general de tercería y como posiblemente colocados en dicha situación en sus relaciones derivadas dentro de cada campo o entremezclados. La ley Hipotecaria es, pues, la ley de un sector de nuestro régimen inmobiliario, y el tercero hipotecario, un caso especial del tercero civil que, por peculiares circunstancias históricas españolas, tapó la principal característica del sistema, rompió la unidad de concepto del tercero civil y parecía que iba a absorber y monopolizar el nombre. Tercero hipotecario es el nombre histórico de la limitación de nuestra ley Hipotecaria, la clase de la ley, de su secreto, según Uriarte, no ofrece peculiaridad alguna que justifique lo que ha significado, y lo que ha dificultado que pueda ser captado. Este ligerísimo trabajo no es más que un lazo puesto a su paso para sujetar a ese personaje misterioso, según le llama García Guijarro. Si algo sirve, otros lo dirán, no yo.

ANTONIO MARÍN MONROY

Notario.

## Un caso que puede ocurrir

Un marido contrae un préstamo simple en documento privado, y años más tarde el matrimonio realiza una compra de fincas en escritura pública, en la cual se hace constar que el dinero importe del precio es propiedad exclusiva de la mujer, y ambos cónyuges solicitan del Registrador las inscriba a nombre de ésta con carácter parafernial.

El Registrador no accede a la petición por no justificarse en debida forma la procedencia del metálico, y extiende la inscripción a favor de la sociedad conyugal; pero comete el lapsus de no advertir en la nota al pie del título la clase de operación practicada, limitándose a decir que se registraron los inmuebles a los folios, tomos y libros que se indican al margen de su descripción.

Vencido el plazo del préstamo, el acreedor promueve en el Juzgado de primera instancia diligencias preparatorias de embargo preventivo, y noticiosos de ello los esposos, antes de trabarse el embargo concurren ante Notario acompañados de un hermano, y la esposa, con licencia de su marido, le vende todas las fincas, confesando recibido el precio.

Presentada la oportuna copia en el Registro, el Registrador inscribe la mitad de la venta considerándola de la mujer, y de la otra mitad toma anotación preventiva por atribuirle al esposo.

Sentados estos supuestos o hipótesis, veamos si tendría razón el Registrador para proceder así.

Nuestra sociedad legal de gananciales, desconocida por los romanos, está reputada por la mayoría de los tratadistas extranjeros (exceptuando los alemanes, que la desnaturalizan un poco al querer restringirla) como institución casi perfecta que asigna al marido, desde el instante de la unión, facultades que niega a la mujer, y derechos que cabe desenvuelva dentro del ámbito de las leyes, delegando dichas atribuciones o consintiendo y aprobando actos ejecutados por ella.

Y por seo, partiendo del error a que le indujo la nota del Regis-

trador, compareció para dar licencia, creyendo que los bienes eran parafernales, y no enajenó, cual pudiera hacerlo, y la figura jurídica que se observa es la de un apoderamiento, aunque en la escritura nada se diga acerca del particular, para vender la consorte lo que se apreciaba le pertenecía y que surte los mismos efectos que el mandato conferido a otra persona. De ahí que la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de marzo de 1911 es forzoso interpretarla en el sentido de que la licencia que la mujer necesita para vender gananciales exime del otorgamiento de poder especial, entendiéndose siempre que tiene capacidad para desprenderse de la parte que ella representa en la comunidad.

No se me oculta que la objeción inmediata es que la sociedad está sin liquidar, y esta liquidación no puede efectuarse sino en los casos previstos y señalados por el Código Civil, porque forma un todo intangible y es una unidad indivisible mientras esos casos no llegan. A ese argumento respondería diciendo que la Resolución de 28 de abril de 1890 declaró que los bienes son desde luego comunes por mitad, sin que sea preciso esperar a la liquidación de la sociedad conyugal para saber cuáles corresponden al marido y cuáles a la mujer; y añadiría que la de 1 de julio de 1927 establece: que mientras en el Registro conste que una sociedad de gananciales no ha sido liquidada con adjudicación de bienes a persona determinada, siempre es posible anotar el embargo dirigido por deudas peculiares de la misma contra personas que representan la totalidad.

Esta doctrina, como es fácil colegir, está inspirada en el Fuero Real, cuya Ley 7.<sup>a</sup>, título XX, ordenaba que, si por consecuencia de una acción ejercitada contra el marido se vendía la mitad de los gananciales, no tiene éste ningún derecho a la otra mitad perteneciente a la mujer, sino que ha de ser enteramente de ésta, constante matrimonio. Ese es un precedente en nuestra antigua legislación que abonaría el hecho de inscribir la mitad de los bienes gananciales reputados del patrimonio de la esposa con el consentimiento del marido al conceder licencia, robustecido por las reglas de hermenéutica proclamadoras de que quien puede lo más, puede lo menos, y *nemo dat quod non habet*, que impone el deber de concretar la venta por la mujer a su mitad, ya que el marido no dispuso expresamente de lo suyo, máxime si nos fijamos en que es axiomático que los documentos públicos son auténticos en cuanto certifican lo que pasa ante el Notario que los autoriza, pero no en

cuanto a la verdad que entrañan las manifestaciones de las partes contenidas en ellos.

Y teniendo además presente el texto de la Ley 5.<sup>a</sup>, título IV del libro X de la Novísima Recopilación, y las Resoluciones de 23 de marzo de 1892 y 22 de agosto de 1894, que admiten actos de esa clase como confirmables; y la de 24 de enero de 1913, ratificando lo dicho por el Tribunal Supremo en 20 de marzo de 1907, estimando esos contratos capaces de producir todos sus efectos jurídicos mientras el marido o sus herederos no reclaman, me inclinaría sin titubeos ni vacilaciones del lado del Registrador que de tal manera se condujera en el desempeño de sus funciones, porque la letra mata y el espíritu vivifica, y estando presente el marido resulta cumplido el requisito exigido por el Alto Tribunal en su Sentencia de 13 de mayo de 1911. Tratando de esto, el Sr. Morell dice: "Comprendemos que inscrita la finca a nombre de una mujer casada por título de compra y sin constar la procedencia del dinero, se considere ganancial a los efectos de tercero, aun afirmando otra cosa unánimemente ambos cónyuges; no comprendemos, sin embargo, que en el caso de no haber terceros interesados, se obligue al marido a ser él quien venda esa finca como ganancial, no obstante su afirmación anterior de que no lo es."

Invoco en pro de mi modesta opinión este voto de calidad y hago punto en mis alegaciones ante su indiscutida autoridad hipotecaria, ya que la Jurisprudencia contenida en las Resoluciones del 82, 97, 903, 904, 907 y 913 se refieren a la venta de todos los gananciales, no a la mitad, que es muy distinto, siquiera la enajenación se haya verificado en forma anómala e irregular, porque la causa torpe del contrato sería debida a la omisión del Registrador al extender la nota en el título, no a los otorgantes, que estando enterados de lo que el Registro acusaba, expondrían al Notario la realidad de las cosas y a ella acomodaría éste la redacción del instrumento público, que me imaginé se redactase de la manera que queda consignado para emborronar estas cuartillas y hacer público la conveniencia de adaptar a las corrientes modernas los derechos de la mujer que en otros aspectos goza y disfruta de ciertos privilegios; y porque se me antoja lógico y humano que a la escritura de venta de bienes gananciales debía preceder la declaración de no ser dañosa a los intereses de la mujer, a menos que la transferencia la hiciera el matrimonio; y así se evitaría que un malvado o desaprensivo dejara en la indigencia a su consorte y a la prole, y tendría alguna eficiencia



el segundo apartado del artículo 1.493 del Código Civil, que hoy carece de ella tal como se entiende y practica el apartado primero.

Aun cuando soy un convencido de que la administración de la sociedad legal de gananciales está bien conferida al marido, pues el concederla a los dos cónyuges sería un dislate, y sucedería que obrando aisladamente y con independencia se provocaría un enorme confusio-nismo porque las gestiones del uno podrían contrariar las del otro, originando cuestiones y disgustos perturbadores de la buena marcha y de las cordiales relaciones entre los socios, con la natural repercusión en el hogar y la familia, y surgiendo la necesidad de acudir a los Tribunales, no dejo, por eso, de ser acérrimo partidario de que no se anule la personalidad de la mujer, antes al contrario, juzgaría plausible que se elevara y enalteciera, rodeándola de garantías que sin detrimento de la jefatura del marido le permitieran defender lo suyo: y planteo el problema en este caso buscado *ad-hoc*, porque ¿qué papel desempeña el marido dando licencia a la esposa para que venda los bienes gananciales? Indudablemente, el de conformarse con que ella transfiriese su participación, no la de él, ya que para eso habría de prestar consentimiento expreso, y no lo dió. No cabe sostener que fué a correr el ridículo, actuar de comediante o autorizar una ficción; no, y mil veces no. Compareció para que se solemnizara un acto que resulta anulable o rescindible por un tercero perjudicado, pero que surte efectos jurídicos mientras subsiste, y que él no puede anular ni rescindir, porque no le es permitido ir contra sus propios hechos.

¿Llevó el propósito de no dañar a la mujer en sus legítimos intereses? ¡Ah!, entonces, si esa es la realidad, vemos con diáfana claridad que la licencia es suficiente, porque el artículo 1.416 del Código Civil requiere el consentimiento para obligar los bienes de la sociedad, y aquí no se trató de eso, se dispuso a ciencia y paciencia suya, y enajenar no es obligar, *inclusio unius, exclusio alterius*, y en las ventas el vendedor, al consumarlas, por la tradición, si no se estipularon reservas ni condiciones, no conserva ningún derecho ni *in actu* ni *in potentia*.<sup>41</sup>

Los términos de la ley en la materia son confusos e incompletos, dice un ilustre tratadista, y la razón es palmaria, pues determina y manda que no se perjudique a la mujer y no señala requisitos previos justificativos de que no existen, y en cambio, al marido se le considera facultado para disponer libremente sin trabas ni cortapisas, haciendo tabla rasa de la prohibición, lo que trae como aparejada consecuencia

la necesidad de promover un litigio para demostrar si efectivamente hubo o no daño o perjuicio, y nadie negará que de esa suerte la ley se aparta de uno de sus principales fines.

Por lo dicho alcanzará el bondadoso lector los fundamentos en que apoyo la tesis de que el Registrador que inscribiese la mitad de los bienes vendidos por considerar enajenada únicamente la parte correspondiente a la mujer se conduciría acertadamente, amparándose en la jurisprudencia enumerada, y además en que tienen vigor los aforismos que dicen que la equidad debe suplir las deficiencias de la ley y prevalecer sobre el derecho escrito.

En la materia son diversos los criterios sustentados por la Dirección y los comentaristas, y la Resolución de 22 de agosto de 1894, al declarar inscribibles los contratos otorgados por mujer casada sin licencia del marido, nos dice que esos contratos tuvieron entrada en el Registro, porque si no, no hubieran causado la Resolución, y evidencia de igual manera que lo realizado es menos solemne que si mediara la licencia que suponemos existió en la segunda escritura.

La inscripción de la primera a favor de la sociedad conyugal es lo atinado una vez no se acreditó la procedencia del dinero invertido en la compra, en virtud de lo dispuesto por la Dirección General en sus Resoluciones de 22 de mayo de 1895 y 17 de enero de 1913, porque si se registraran las fincas en concepto de parafernales se facilitaría acceso a una posible y desfigurada donación entre marido y mujer, prohibida por la ley, y se infringiría la regla jurídica que regula las relaciones sobre el fondo ético del derecho mantenido y declarado por el Estado.

En lo que hacía mal el Registrador era en no consignar en la nota la indicación de la operación registral extendida, pues aparte de que los interesados están asistidos de derecho para conocer cómo se despachó un título, la ignorancia de ese extremo traería derivaciones funestas, porque las posteriores transmisiones adolecerían de un vicio capital, cuya obligada secuela serían las contiendas judiciales para restablecer el imperio de la ley perturbada.

Esa segunda escritura, ¿podría invalidarse?

La respuesta afirmativa se impone de modo contundente y categórico.

Produce efectos mientras subsiste porque el contrato no es incuestionablemente nulo, sino confirmable, según la Resolución de 23 de marzo de 1892, y sabido es que los contratos susceptibles de purifica-

ción campeon en el estadio del Derecho con las consiguientes prerrogativas hasta que se anulan o rescinden, por no ser invulnerables.

Es incontrovertible que dicha supuesta escritura se invalida por no resistir el embate de unas ligeras causas jurídicas; se viene abajo estreptosamente cual castillo de naipes azotado por el viento, ya que tal contrato indudablemente habría de calificarse de venta simulada, porque el Tribunal Supremo, en 20 de febrero de 1899, dijo que con arreglo al artículo 40 de la Ley Hipotecaria se entiende que no media precio en la enajenación de bienes inmuebles cuando el Notario no da fe de la entrega o los contratantes no justificasen que se ha verificado con anterioridad. Claro es que contra esa justificación de la entrega es admisible la contraprueba dirigida a patentizar que el comprador no se encontró nunca en condiciones de disponer del numerario, importe de la adquisición.

Yo, sin sonrojarme y con plena confianza en la justicia, combatiría esa ideada escritura tachándola de nula por los motivos y rescindible por la finalidad.

Es nulo el contrato por la carencia de un requisito esencial, cual es la falta de precio, pues el confesado no es el precio cierto a que se refiere el Código en su artículo 1.445; es simulado, y por tanto no es verdadero, y al no serlo no hubo posibilidad de que el contrato se perfeccionase.

El Estado no hace declaraciones respecto a si el precio es o no justo, que eso es de la incumbencia de los Tribunales: dicta normas para que no se simule y se tome por cierto y existente lo que no tuvo vida real y efectiva, porque, en conclusión, no siendo cierto el precio ni verdadero, no hay precio; esto es inconcuso. Lo que el Estado quiere a todo tolerar es que aparezca la equivalencia del dinero.

A la primera impresión parece que el contrato así concebido no tiene causa o que teniéndola es ilícita, pero ya no cabe vacilar desde el instante en que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 1902, sentó la doctrina de que es menester apreciar el fin ilícito que los contratantes o alguno de ellos se propongan realizar por medio de la compra o de la venta, por si afecta a la esencia misma del contrato y determinar si es nulo o rescindible; y como la ilicitud de la causa trae aneja la nulidad, y los motivos de los vendedores para otorgarlo serían ilícitos, resultarían que una y otros se completan o compenetran sin viable desligamiento; y de ahí que para reclamar la invalidez no debe confundirse

la inmoralidad de los motivos con la inmoralidad de la causa, porque las acciones son distintas; y para reclamar tampoco ha de perderse de vista el artículo 1.294 del Código Civil: pedir subsidiariamente la rescisión de la venta atribuyéndola el vicio o defecto de ser otorgada en fraude de acreedores, por si llegara a acreditarse la entrega del precio.

Tal es el enfoque que yo haría de las cuestiones, porque jamás fué inoportuno diferenciar las situaciones para concordar los derechos y ver un sentido moral en ellas con fuerza suficiente para suavizar la *dura lex*, atenuando su rigorismo o modificándolo con sujeción a las circunstancias, y adaptándola a aquéllas del modo más racional que la lógica permita.

RAMIRO GOYANES CRESPO.

Registrador de la Propiedad.

# Datos para el estudio de la Testamentaria de los Reyes Católicos

## II

Podemos resumir el artículo anterior diciendo:

Doña Isabel I de Castilla, llamada la Católica, otorgó testamento *cerrado* o *secreto* ante el Notario Gaspar de Gricio, en el Castillo de la Mota, de Medina del Campo, el día 12 de octubre de 1504 (1).

Y Don Fernando II de Aragón, conocido por el Rey Católico, otorgó testamento *cerrado* o *secreto* ante el Notario Miguel Velázquez Climente, en la casa de Santa María, de los frailes del Monasterio de Guadalupe, sita en Madrigalejo (Cáceres), a martes 22 de enero de 1516 (2).

Estos instrumentos públicos son los *vigentes*, y a ellos tendrán que acudir los historiadores y juristas que quieran conocer, en un estudio concienzudo y serio, las figuras eminentes de Isabel y Fernando, constructores de la gran Patria.

(1) Que se otorgó el testamento de la Reina en el Castillo de la Mota, y no en el Palacio de la Plaza, de Medina del Campo, lo ha demostrado en brillante y erudito trabajo, D. Antonio de Nicolás, en *Boletín de la Sociedad Castellana de Excursiones*, 1903-1904, pág. 454. Ver también Quadrado, tomo "Valladolid, Palencia, Zamora", de la obra *España*.

(2) El testamento del Monarca aragonés, más completo, en este dato, dice el edificio donde tuvo lugar el otorgamiento: "Hecho fué aquesto en el lugar de Madrigalejo, en la casa de los Frayles del Monesterio de Guadalupe, adonde su Alteza—el Rey—posaba." Hasta Carlos I de España no se usa el tratamiento de *Majestad*. No cabe discusión sobre en qué edificio testó por última vez el Rey Católico.

Dicha casa de Santa María no existe, ha sido destruida, según nos dice, en carta de 30 de octubre de 1939, Fray Santiago Gorostiza, guardián del Monasterio de Guadalupe.

## ASPECTOS FORMALES DE LOS TESTAMENTOS QUE EXAMINAMOS.

A) *Lex testamenti*.—Al tratar de la constitución del *status individual*, un eminente jurista español nos recuerda que, en Roma, el *status juris*, envolviendo la *caput*, suponía la soberanía absoluta en la esfera del derecho individual; constituía al individuo en lo que expresa la palabra, en un Estado; Estado completo, lo mismo que la familia, el Municipio y la nación, que podía ejercitar todos los poderes en la esfera de sus relaciones personales y tenía su más alta expresión en la facultad de legislar, mediante lo que llamaban los romanos *lex contractus*, *lex testamenti* (1).

Está consagrado en la cláusula que precede el absolutismo del derecho subjetivo, exagerada concepción restringida por las normas sociales y cristianas. Admitase en buena hora el honor de dictar su ley testamentaria a todo otorgante, pero subordinando el derecho subjetivo al derecho objetivo, la *facultad* a la *norma*. Esto es, se respeta el derecho subjetivo en cuanto función o prerrogativa ejercitada por el ser jurídico: pero esta facultad de obrar en derecho no sólo ha de ser voluntaria y útil, sino sujeta a la norma que estimula el bienestar social.

En todos los tiempos se procuraron para la *lex testamenti* formalidades que no sólo realzaran su expresión, sino que además sirviesen de garantía a la voluntad de ese legislador del *status individual* en el momento del otorgamiento. Los testamentos de los Reyes Católicos cumplen la función de derecho privado: declaraciones y derechos relativos a las personas—cláusulas de fines piadosos, nombramientos de albaceas—y disposiciones patrimoniales; pero, además, esa *lex testamenti* tiene un carácter de Derecho Público muy acentuado; su *institución de heredero* supone la designación del futuro Jefe de la nación y se le da por los otorgantes carácter de Ley, y quiere Don Fernando de Aragón que sean las Cortes de Toro las que aprueben el acto *mortis causa* de la Reina Católica como Ley del Reino.

Veamos lo que dicen en dichos instrumentos públicos los egregios esposos. De sus palabras los calendados testamentos tienen el concepto de *Ley privada*, del ámbito familiar, protegida por la norma legal: pero, además, el rango de Ley, en el más amplio y rico contenido de la pala-

(1) Joaquín Costa: *Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, cap. III.

bra, obligatoria para la colectividad nacional. Expone la Reina: "Yo Doña Isabel, por la gracia de Dios, Reyna de Castilla, de León, de Granada (siguen todos sus títulos, entre éstos, *reina de Gibraltar, e de las Islas de tierra de Canaria*): estando enferma de mi cuerpo, é sana, é libre de mi entendimiento, creyendo é confesando firmemente todo lo que la Santa Iglesia Católica de Roma tiene, cree, é confiesa, é predica... é con esta protestación ordeno esta mi carta de testamento, é postrimera voluntad... queriendo disponer de mi casa, como si luego la oviese de dexar."

El afán de resolver los problemas íntimos, familiares, ocupa gran parte del testamento de esta otorgante, primera Señora de España. Pagar deudas, quedar bien con los criados. ¡Fueron tantos los apuros económicos de los Reyes Católicos! Había que liquidar la triste herencia de desgobernó de Juan II y de Enrique IV. Cubrir las mil atenciones originadas por la guerra civil con los partidarios de *la Beltraneja*; las guerras de Andalucía, la toma de Granada, la expansión en *las islas é tierra firme del mar océano*. Junto a matices inconfundibles de Derecho privado, notas referentes a la política estatal:

LEX TESTAMENTI: *ámbito familiar*. Cláusula 4.<sup>a</sup>—"Itén mando, que ante todas las cosas sean pagadas todas las deudas, é cargos... é casamientos de criados é criadas, é descargos de servicios, é otros qualesquier linages de deudas, é cargos, é intereses de qualquier calidad, que sean, que se fallaren yo deber."

LEX TESTAMENTI: *ámbito nacional*. Cláusula 15 (1).—"Itén por quanto el dicho Rey Don Enrique mi hermano a causa de las dichas sus necesidades hobo fecho merced a Don Enrique de Guzmán Duque de Medina Sidonia, defunto, de la Cibdad de Gibraltar con su fortaleza, é vasallos, é jurisdicción, é tierra, é términos é rentas, é pechos, é derechos, é con todo lo otro que le pertenesce; é Nos veyendo el mucho daño é detrimento que de la dicha merced redundaba a la Corona, é Património Real de los dichos mis Reynos, é que la dicha merced non hobo lugar, ni se pudo facer de derecho, por ser como es la dicha Cibdad de la dicha Corona Real, é uno de los títulos de los Reyes destos mis Reynos, hobimos revocado la dicha merced, é tornado é restituído é re-

(1) En mi libro citado sobre el testamento de la Reina señalo cláusulas al estilo de los testamentos modernos, y las numero. Este criterio mereció la aprobación de mi maestro D. Eduardo Ibarra. En el texto del testamento citado, a veces en un párrafo, punto y seguido, existen varias cláusulas.

incorporado la dicha Cibdad de Gibraltar con su fortaleza, é vasallos, é rentas, é jurisdicción, é con todo lo otro que le pertenesce a la dicha Corona é Patrimonio Real, segun que agora está en ella reincorporado, é la dicha restitución, é reincorporación fué justa, é jurídicamente fecha: por ende mando a la dicha Princesa mi hija (Doña Juana *la Loca*), é al dicho Príncipe su marido (Felipe *el Hermoso*, esposo de la instituída heredera y futura Reina), é a los Reyes que después della sucederán en estos mis Reynos, que siempre tengan en la Corona é Patrimonio Real dellos a la dicha Cibdad de Gibraltar, con todo lo que le pertenesce, é non la den, ni ágenen, ni consientan dar, ni enagenar, ni cosa alguna della" (1).

La cláusula que precede la he colocado en el *ámbito nacional*, porque ello, jurídicamente é históricamente, es rigurosamente exacto. Se refiere, como otras del glorioso testamento, a pleitos entre la Corona y las casas de la alta nobleza. Nunca la gran Reina pudo pensar que Gibraltar fuera, como es hoy, un problema internacional que se resolverá, sin duda, al liquidarse la segunda Gran Guerra de nuestro siglo, otorgando dicha plaza a España. Y empleando palabras de Doña Isabel I, será una "reincorporación justa" y deberá ser "jurídicamente fecha".

Aspectos familiar, mejor dicho, privado y de carácter público o político del testamento *vigente* del Rey Don Fernando:

Dice el Monarca: "Sea a todos manifiesto que Nos Don Fernando por la gracia de Dios Rey de Aragón, de Navarra, de las dos Sicilias (Nápoles y Sicilia), de Jerusalén, de Valencia, de Mallorca, de Cerdeña, de Córcega, Conde de Barcelona, Duque de Atenas e de Neopatria, Conde de Ruysellón .. siguiendo el saludable precepto y doctrina del Santo Evangelio, en que nuestro Señor por su boca nos amonestó que estemos aparejados para quando nos llamare. E aunque estamos con mucha indisposición de salud de nuestra persona, pero bendito nuestro Señor, con la firmeza de la memoria, é sin ningun turbamiento del seso é entendimiento, é voz clara que nuestro Señor nos ha dado..."

Creo que mis amables lectores agradecerán conocer las dos comparecencias de tan gloriosos testamentos. Nos traen a la mente los formularios notariales de principios del siglo XVI con toda su bellísima poesía.

(1) He testimoniado íntegra dicha cláusula, porque los autores, copiando unos de otros, la trasladan parcialmente para comentarla con buen deseo, pero a medida de su gusto o tendencia.

Trataremos especialmente de esta cláusula al tocar la política de los Reyes Católicos.



Y me he recreado en señalar los títulos de nuestros excelsos Monarcas, porque ellos son hitos de nuestra pasada grandeza y estímulo poderoso para hoy superarla.

Al Derecho Privado pertenece la cláusula 9.<sup>a</sup> del testamento del Rey. Dice Don Fernando: "Queriendo descargar nuestra conciencia (1), disponemos é ordenamos y mandamos, que todas o qualesquiera deudas que fasta el día de nuestra muerte se hallaren Nos deber con verdad, é segun é mejor é mas llanamente se podría probar y mostrar por testigos é instrumentos aptos, é legítimos documentos, é se averará mediante juramento, si las personas tales que se les debe dexar a su juramento é buen advitrio de nuestros testamentarios, sean pagados é satisfechos..."

Notas de Derecho Público podemos ver en la cláusula 26 del testamento del *De Cujus*, que ordena de esta suerte: "Otrosí, por quanto Nos habemos tenido por autoridad Apostólica la administración de los Maestrados de San Tiago, Calatrava y Alcántara, y por experiencia se ha visto el bien y pacificación que dello se ha seguido a estos Reynos... y deseando que esto se conserve, hubimos suplicado a nuestro muy Santo Padre, que nos diese facultad para que pudiesemos renunciar los dichos Maestrados; por ende, por el mucho amor que habemos tenido y tenemos a estos dichos Reynos y al bien y pacificación dellos, y al dicho Illustrísimo Príncipe Don Carlos nuestro nieto, y esperando y confiando que él tratará bien las dichas órdenes... por el presente renunciamos y resignamos los dichos tres Maestrados de San Tiago, Calatrava y Alcántara en favor del dicho Príncipe Don Carlos, nuestro nieto, para que los haya é retenga como Administrador perpetuo de las dichas Ordenes... De lo qual, si necesario es, mandamos a nuestro Protonotario infrascrito, que dé dello suplicación en forma aparte, signada con su signo."

¿Cómo nació esta importantísima cláusula? Lorenzo Gálíndez de Carvajal (2) nos lo cuenta con su fidelidad acostumbrada: en la reunión de Don Fernando con los juristas para preparar su último testamento, de que ya escribimos. "Pues en lo de los Maestrazgos, ¿qué me

(1) "Queriendo descargar nuestra conciencia": Eugen Huber, el autor del Código Civil suizo, dice: "La Moral es el primer elemento del Derecho." (*El Derecho y su realización*, tomo I.)

En cuanto a los medios de prueba en el Derecho de Aragón—es un aragonés el testador—, ver Franco y Guillén: *Derecho Civil aragonés*. Zaragoza, 1841.

(2) Obra cit., págs. 563 y sigs.

aconsejáis?, dijo el Rey. Le aconsejaron que los dejase a Don Carlos. El Rey dijo: *Verdad es lo que decís, pero mirad que queda muy pobre el Infante*. Le respondieron los del Consejo: que la mayor riqueza que su Alteza—el testador—podía dejar al Infante, era dejarle bien con el Príncipe Don Carlos su hermano mayor, Rey que había de ser, porque quedando bien con él, siempre libraría mejor, y que su Alteza—el testador—le podía dejar en Nápoles lo que fuese servido. Al Rey pareció bien lo que le aconsejaban los del Consejo, y mandó ordenasen las cláusulas y provisiones necesarias, así para lo de la Gobernación y maestrazgos en favor del Príncipe Don Carlos, como de cincuenta mil ducados de renta cada año en Nápoles para el Infante. Los del Consejo se partieron del Rey y fueron a ordenar las dichas cláusulas de su testamento, y la suplicación para el Papa sobre lo de los Maestrazgos."

Don Juan II de Aragón había aconsejado a su hijo el Rey Católico que los Maestrazgos de las Ordenes Militares se uniesen a la Corona para acabar con las rivalidades de los personajes castellanos y predominio de la Nobleza. La política hábil y prudente de Don Fernando de Aragón, no sólo unió al cetro real dichos Maestrazgos, sino que, además, trató de conseguir que fueran hereditarios. Era necesaria la tranquilidad y unión interior para acometer las grandes empresas del destino imperial de España: tener la hegemonía de Europa y realizar la expansión ultramarina para poner bajo la diadema española una superficie cuarenta veces mayor que la extensión de la Península Ibérica, constituyendo el imperio más grande de la Historia.

B) *Objetividad legal*.—Normas aplicables a la forma de dichos testamentos: a), ordenamiento de Alcalá; b), las Partidas; c), leyes de Toro; d), el Derecho de Aragón; e), la regla *locus regit actum*—testamentos públicos: Notarios.—Personalidad de éstos.—Testigos, ¿cuántos? ¿Con arreglo a qué norma legal?—Quiénes fueron los testigos y su relieve social.—Materia escriptoria... (1).

(1) En el primer artículo, al presentar el *certificado* de última voluntad del Rey Católico, no se dijo la clase de testamento. El lector especializado leyó, sin duda, en la cláusula revocatoria que al Rey le habían sido restituidos los testamentos *cerrados e sellados*. Y en cuanto a la clase del último, la frase "en *gran secreto* dijo el Rey, encargaba le aconsejaren lo que había de hacer", tomada de Galíndez de Carvajal, es suficientemente significativa. Se refiere el Rey a sus tres consejeros citados. El Rey ordenó en su último testamento: "Al qual dicho nuestro Prothonotario mandamos que no publique ni lea delante de los dichos testigos ni en otra parte el dicho testamento,

Dejemos como sumario para los próximos artículos las líneas que preceden. *Laus Deo.*

F. GÓMEZ DE MERCADO.

Notario. Académico correspondiente de la Real Academia de la Historia.

*hasta que nuestro Señor hubiera dispuesto de Nos; y que entonces lo lea y publique en presencia de nuestros testamentarios que se hallaren presentes", y Carvajal, al referir la última conversación del Rey con sus consejeros, preparatoria del testamento vigente, dice: "El Rey en el testamento de Burgos había encargado la gobernación de los reinos de Castilla é Aragón al Infante Don Fernando, su nieto, que había criado a la costumbre y manera de acá, porque creía que el Príncipe Don Carlos, su nieto, no vendría ni estaría de asiento en ellos a los regir y gobernar como era menester, y estando como estaba fuera de ellos, su gobernación de personas no naturales, que mirarían antes su propio interés que no el del Príncipe, ni el bien común de los reinos..." Le aconsejaron al Rey: "Les parecía debía dejar por Gobernador de los reinos de Castilla al que de derecho le pertenecía la sucesión de ellos, que era el Príncipe Don Carlos, su nieto; porque no embargante que el Sr Infante Don Fernando fuere tan excelente en virtudes y buenas costumbres, en quien cesaba toda sospecha; pero siendo de tan poca edad como era, había de ser regido y gobernado por otros, de los cuales no se podía tener tanta seguridad. El Rey dijo que le parecía bien y parecía que lo que él tenía ordenado primero en Burgos, lo debía del todo casar, que nunca pareciese, y escribir de nuevo todo el testamento, porque no pareciesen testigos de él ni se engendrara ningún mal concepto; pero esto fué muy secreto que no lo supo el Infante, que estaba en Guadalupe, ni Gonzalo de Guzmán, Clavero de Calatrava, su ayo, ni Fr. Alvaro Osorio, Obispo de Astorga, su maestro, que estaba con él."*

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1940.—*Defensa por pobre.*

En primer lugar afirma el Tribunal Supremo que, consentida la sentencia recurrida por la parte demandada, los estrechos cauces de la casación limitan la competencia de esta Sala en el conocimiento de los recursos ante ella interpuestos a lo estrictamente necesario para la resolución de las cuestiones para que ha sido requerida. Luego establece, que en virtud de los artículos 24 y 25 de la ley de Enjuiciamiento civil los litigantes, que hayan actuado como ricos, habrán de justificar haber venido al estado de pobreza después de aquella actuación; y que en el presente caso el fundamento alegado, de que los demás litigantes que venían prestando apoyo económico en la gestión judicial a los recurrentes habían dejado de prestárselo, no es concluyente, porque aun probado este aserto, no podría producir el efecto perseguido, pues el beneficio de pobreza no se concede en razón a la cuantía de los gastos del litigio, sino en relación a los medios de vida con que cuenta el litigante, como lo prueba la redacción del artículo 15 de la Ley riuaria. En cambio, existe infracción del artículo 20 de la propia Ley, puesto que los recurrentes tienen un propio y personal interés de reclamar al demandado indemnización de daños y perjuicios causados a ellos por incumplimiento de los deberes que le imponía el albaceazgo, sin tener en cuenta los perjuicios que hayan podido sufrir los demás interesados, ya que no puede estimarse que esa indemnización forma parte de la herencia por ser una responsabilidad personal del albacea, y no existe precepto legal alguno que les obligue a, solicitarla en unión de los demás interesados.

SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1940.—*Recibimiento a prueba en segunda instancia.*

Lo alegado en el caso actual como hecho nuevo e ignorado no cons-

tituye un acontecimiento concreto y objetivo a los efectos del número 3 del artículo 862, sino una apreciación del recurrente sobre el grado de incapacidad del recurrido, el cual fué objeto de prueba en primera instancia. En el tercer considerando afirma la sentencia que fotografías y películas no tienen condición de documentos.

SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1940.—*Recurso de casación por incompetencia.*

La jurisprudencia y la doctrina tienen fijada de un modo claro la distinción entre las dos clases de incompetencia de jurisdicción que pueden producirse: la una por entender los Tribunales ordinarios en asunto que corresponda a la Administración o a jurisdicciones extraordinarias, que es la incompetencia por razón de la materia a que se refiere el citado artículo 1.692, y que puede dar lugar al recurso por infracción de Ley; y la otra que sólo puede existir dentro de la jurisdicción ordinaria, cuando dos Autoridades judiciales de la misma contienden entre sí sobre cuál de ellas es competente, y la contienda se decide por resolución que es recurrida en casación, como sucede en el caso a que se refiere el artículo 106 de la ley de Enjuiciamiento civil, siendo únicamente esta clase de competencia la que puede dar lugar a recurso por quebrantamiento de forma. En este caso, el hecho alegado como fundamento del recurso no es otro que el haber invadido la Sala sentenciadora la esfera propia de la Administración, decidiendo sobre una materia administrativa sustraída a la jurisdicción civil. Por lo tanto, es evidente, que si existiera incompetencia no podría ser sino por razón de la materia (número 6 del art. 1.692), y no puede invocarse el número 6 del artículo 1.693 para fundar recurso por quebrantamiento de forma. Además, para que puedan ser admitidos los recursos de casación por quebrantamiento de forma, es indispensable, según el artículo 1.696, que se haya pedido oportunamente la subsanación de la falta, y no se ha hecho así en el presente caso, lo cual, siendo causa de inadmisión, lo es también de desestimación.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1940.—*Competencia.*

El demandante ejercita simultáneamente dos acciones, encaminadas a obtener respectivamente el pago de una cantidad que, como conse-

cuencia de un contrato de comisión, afirma le debe el demandado, y la devolución por éste de determinados muebles y enseres, recibidos a título de depósito y que se hallan en la Agencia del mismo demandado. En cuanto a la primera de las reclamaciones, según tiene declarado reiteradamente este Tribunal Supremo (interpretando los arts. 277 y 278 del Código de Comercio, en relación con el art. 1.728 del Código civil), de las acciones derivadas del contrato de comisión mercantil, tanto en favor del comisionista como del comitente, debe entender el Juez del lugar donde correspondía al primero desempeñar su encargo, estando conformes ambas partes en el hecho de que las gestiones encomendadas al demandado debían realizarse y se realizaron en Palma de Mallorca. Por lo que hace a la reclamación de los muebles y enseres, existe acuerdo de las partes sobre el hecho de que los objetos mencionados se encuentran en la Agencia del demandado en Palma de Mallorca. Sin embargo, difieren respecto a la naturaleza de la acción ejercitada; invocando el actor la personal nacida del contrato de depósito, mientras que el demandado sostiene que tiene carácter real la acción de que se trata. A los efectos de resolución de la competencia la conclusión es idéntica, ya que en el primer caso, con arreglo al artículo 1.774, parte 2.ª del Código civil, en defecto de designación expresa de lugar, la obligación de devolver la cosa depositada debe cumplirse donde dicha cosa se halle, salvo el caso de malicia, no alegada por el actor; y si se estima que la acción tiene carácter real, de conformidad con el artículo 62, regla 2.ª, de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente, a elección del demandante, el del lugar en que los muebles se hallen o el del domicilio del demandado, en ambos casos Palma de Mallorca.

SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1940.—*Casación por quebrantamiento de forma.*

La casación por quebrantamiento de forma, fundada en el número 5.º del artículo 1.693 de la ley de Enjuiciamiento civil, requiere la demostración de que la prueba denegada en la instancia es admisible, según las leyes, y que al no admitirla se haya podido producir indefensión al litigante que la propuso. En el caso de autos concurren los dos requisitos: 1.º Los documentos presentados por la actora en período de prueba, cuya admisión fué denegada primeramente por el Juzgado y después por la Audiencia, no son fundamentales de la acción ejercitada,

sino que tienden a desvirtuar las excepciones alegadas por los demandados, en particular la de prescripción adquisitiva de los bienes objeto de litigio; y la prohibición de admitir documentos después de la demanda y contestación en virtud del artículo 506, en relación inmediata con el 504 de la ley de Enjuiciamiento civil, reza exclusivamente con los que son fundamentales del derecho de las partes, no con todos los demás, que podrán ser presentados con los escritos de réplica y dúplica, o en el período probatorio. 2.º Como se ha anunciado para después del trámite de quebrantamiento de forma otro recurso por infracción de Ley, hay la posibilidad de que en este segundo recurso se impugne la Sentencia recurrida en sus dos fundamentos de desestimación de la demanda por falta de prueba del título de dominio de los bienes que se trata de reivindicar y por haberse estimado justificada la prescripción adquisitiva en favor de los demandados; tema este último en que la denegación de la prueba documental, encaminada a enervar la excepción de prescripción, pudiera producir indefensión de la parte actora en la casación por infracción de Ley, y aun también en la instancia del pleito.

SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1940.—*Quiebra*.

El Tribunal Supremo declara que no hay ciertamente posibilidad legal de declarar en quiebra a quienes por su profesión o actos habituales no asuman la cualidad de comerciantes, ya que propia y exclusiva de éstos es tal situación; pero ello no quiere decir que cuando después de haber sobreseído en el pago de sus obligaciones mercantiles cesan en el ejercicio de su profesión comercial, impide esta circunstancia que quepa declararles en quiebra, porque al adoptar distinto criterio se desconocería que la declaración formal de aquel estado no es sino el acogimiento en derecho del estado de hecho que le precede y da lugar, precisamente por estar ya constituido en él el comerciante, y se proporcionaría a los comerciantes, que no pudieran o no quisieran atender al cumplimiento de todas sus obligaciones, un fácil medio de eludir la situación y efectos procesales inherentes a la quiebra. En consecuencia, es visto, que el auto recurrido, denegatorio de la quiebra y fundado en el hecho de que el comerciante don S. V. R. había cesado en el ejercicio habitual del comercio, incidió en su Resolución en infracción de los artículos 874 y 876 del Código de Comercio, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1940.—*Recurso de revisión.*

El recurso de revisión, interpuesto en 17 de julio de 1939 contra el laudo dictado por amigables componedores el 30 de abril de 1932, invoca los casos 1.º y 4.º del artículo 1.796 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando que con posterioridad a aquella Sentencia habían sido hallados en registro practicado con ocasión de sumarios 100 libros y paquetes de documentación comercial, cuya existencia fué negada en el juicio de amigable composición por los otros comprometidos, favorecidos en el laudo por sus actos dolosos y maquinaciones fraudulentas constituidas por la negativa de la existencia y la ocultación de tales libros y de los beneficios de la Agencia y de ventas. Pero el recurrente no ha logrado demostrar, como estaba obligado para que su recurso prosperase, la maliciosa ocultación de los libros, negada ya por los amigables componedores en uno de sus considerandos fundamentales de su laudo, ni tampoco la certeza de que el recobro de los mismos sería decisivo. Bastaría lo expuesto para que se hubiera de desestimar el recurso, pero sobre ello determina también la procedencia de esta desestimación, la esencial circunstancia de no haber sido interpuesto el recurso en el término de tres meses, por la misma Ley fijado en su artículo 1.798, como resulta no ya sólo de no haberse cuidado el recurrente de acreditar la observancia de este precepto, sino también de la forma evasiva y sin concreción de fechas con que argumenta acerca de tal particular en su escrito de interposición, sin indicar siquiera el año en que los libros fueron hallados y descubiertas las supuestas maquinaciones fraudulentas.

SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1940.—*Nulidad de sentencia de divorcio.*

Que si bien el artículo 1.º de la Ley de 26 de octubre de 1939, aclarado por orden de 2 de diciembre del mismo año, atribuye a las Audiencias la competencia para conocer de la nulidad de la sentencia de divorcio, ello no obstante, como la que dió lugar al solicitado, por doña Dolores Romagosa, fué pronunciada en recurso de revisión con posterioridad al 18 de julio de 1936, debe entenderse, por analogía con lo dispuesto en el artículo 2.º, apartado g) de la Ley de 8 de mayo de 1939, que en el caso presente compete a esta Sala resolver sobre la pretensión formulada. Que, ordenado en la primera de las disposiciones



transitorias de la Ley de 23 de septiembre de 1939, se declaren nulas por la Autoridad judicial, a instancia de los interesados, las Sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por los Tribunales civiles con arreglo a la Ley de 2 de marzo de 1932, respecto de matrimonios canónicos, es manifiesto que, instado por uno de los cónyuges a quienes afecta la sentencia, tal declaración de nulidad, invocando las causas señaladas en la tercera de las citadas disposiciones transitorias, procede acceder a lo solicitado. Que al declararse la nulidad de la sentencia de divorcio pronunciada, debe quedar firme y producir todos sus efectos la denegatoria del mismo divorcio, dictada por la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia de Barcelona en 19 de febrero de 1936.

SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1940.—*Excepciones dilatorias.*

Al prosperar una excepción dilatoria deja sin lugar a resolver en el pleito el fondo del mismo, según la ley Procesal reconoce respecto a los juicios declarativos de menor cuantía en su artículo 687, lo que habrá de acontecer siempre que la estimada no sea la cuarta del artículo 533, puesto que únicamente ésta impone con su procedencia la absolución del demandado, ya que la falta en él del carácter o representación en que lo fué subsistiría si se reprodujera el juicio contra el mismo. En el caso de autos, la excepción alegada es la del número 6.º del artículo 533, o sea la de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Es fácil darse cuenta de que, como cabe que sean varias las pretensiones que el actor deduzca oportunamente, bien puede suceder que sólo alguna o algunas de ellas adolezcan de oscuridad o imprecisión, siendo las demás claras y precisas, supuesto en el que no es dable que la excepción dilatoria expresada se oponga y afecte a toda la demanda ni que exima al juzgador de examinar y resolver acerca de aquellos extremos o peticiones que estén bien y claramente propuestos. La súplica de la demanda contiene cinco peticiones, de las cuales las dos primeras constituyen de notoria manera el principal objeto de la acción ejercitada y son susceptibles de examinarse y ser resueltas con independencia y prelación respecto a las dos siguientes, que son precisamente las atacadas por razón de oscuridad. Por lo tanto, incidió la Sala sentenciadora, al estimar la excepción alegada y extender los efectos dilatorios de la misma a cuantas peticiones comprendía la demanda, absteniéndose de conocer del fondo del mismo, en incongruencia con la consiguiente infracción del

artículo 359 de la ley Procesal, que es de índole sustantiva, en orden al número 3.º del artículo 1.692 de la misma Ley.

SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1940.—*Denegación de prueba.*

El recurrente se apoya sobre el número 5.º del artículo 1.693 de la ley de Enjuiciamiento civil. El Tribunal Supremo declara la improcedencia del recurso por haber sido denegada la prueba con razón. El litigante, al proponer prueba pericial, no cumplió las exigencias del artículo 611 de la ley Procesal, puesto que la propuso para aportar al pleito planos e informar de fincas que calificaba de desconocidas e inexistentes, solicitando llevarla a efecto a base de que la situación de esas fincas la obtuvieran los peritos, en su actuación de reconocimiento, mediante "explicaciones de las partes y prácticos y otras informaciones acostumbradas"; ya que pretende aplazar la designación requerida en el artículo 611 al acto de la ejecución de la prueba e intenta, además, referirla a la parte contraria que no tiene obligación de concurrir a ella o a personas prácticas que legalmente no intervienen en la diligencia. Fué igualmente procedente negar, en aplicación del artículo 565 de la ley Procesal, el reconocimiento pericial de otra finca, porque este precepto obliga a los litigantes a concretar sus probanzas a los hechos fijados en el escrito del período de alegación, y este inmueble aparece nombrado por vez primera en el pleito en el escrito de proposición de prueba del recurrente.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1940.—*Falta de personalidad y falta de acción.*

El recurrente hace valer que el Interventor, que con ese carácter intervino en los autos de suspensión y en la pieza separada que se formó para la depuración de responsabilidades en virtud del artículo 20 de la Ley del 26 de julio de 1922, debió cesar en su cometido tan pronto como por los acreedores se aprobó el convenio, del propio modo que, por ese y otros motivos, lo hizo la representación del Ministerio público; y que al proceder de otro modo manteniendo su acusación y dando lugar con ello a que en dicha pieza recayese sentencia, lo hizo con evidente falta de personalidad, incurriendo la Sentencia que otra cosa sostiene en un vicio de forma que fué oportunamente reclamado

como incidental en la pieza de calificación; y que en casación se combate al amparo del número 2.º del artículo 1.693 de la ley de Enjuiciamiento civil. El Tribunal Supremo distingue la capacidad para ser parte y la capacidad procesal por un lado, y la falta de acción por el otro. La indebida apreciación de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal, que en el campo del Derecho material corresponden a la capacidad jurídica y a la capacidad de obrar, respectivamente, engendran el sencillo problema de la falta de personalidad y dan lugar a un recurso de casación por quebrantamiento de forma. Si, en cambio, la cuestión planteada excede los límites de un problema de personalidad y obliga a estudiar y a resolver acerca de la aptitud del sujeto para ser parte en un determinado proceso, inferida de su relación con lo que es objeto del litigio y encaminada a garantizar en un caso concreto la eficacia en este aspecto de la decisión jurisdiccional, tema éste que por afectar a lo que es materia del litigio puede presuponer la resolución de la cuestión principal, nos encontramos con una falta de acción, posible base de un recurso por infracción de Ley o de doctrina legal. En el evento litigioso se trata del último caso, puesto que la cuestión está íntimamente ligada con lo que es objeto del pleito.

# Jurisprudencia económico-administrativa

## RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONOMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

CLASES PASIVAS.—*Mesadas*.—Para determinar el número de mesadas que se han de percibir, son computables los años de servicios militares prestados por los funcionarios civiles, previa su debida compulsa y reconocimiento. (27 de noviembre de 1934.)

CONTRIBUCIÓN GENERAL SOBRE LA RENTA.—*Frutos de bienes parafernales*.—Según el art. 1.385 del Código civil, "los frutos de los bienes parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal", y, con arreglo al art. 17 de la Ley de 20 de diciembre de 1932, "los ingresos procedentes de los bienes de la sociedad conyugal se acumularán a la utilidad imponible del cónyuge que tenga la administración legal de los bienes". (3 de marzo de 1936.)

CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL.—*Exención temporal*.—No procede la declaración de exención cuando las fechas resultantes de la documentación unida al expediente de ingreso en la Oficina provincial, de terminación de las obras y del certificado sanitario, no se hallan comprendidas dentro del plazo de treinta días que previene el art. 30 de la Instrucción de 29 de agosto de 1920, puesta en vigor en sustitución del Reglamento de 30 de mayo de 1928, a virtud de lo dispuesto en la Ley de 6 de agosto de 1932. (31 de enero de 1936.)

IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—*Donación*.—No es necesario que las donaciones consten por escrito para aplicarlas el impuesto, sino que basta con que esté demostrada su existencia, pues con arreglo al apartado XVIII del art. 2.º de la Ley vigente, para el impuesto de De-

rechos reales, está sujeta a dicho impuesto "la transmisión de bienes... a título de donación, herencia o legado, aun cuando no se hayan formalizado los inventarios o particiones, siempre que resulte probado el acto en virtud del cual se verifica".

*Herencia de personas llamadas a sucederse y fallecidas simultáneamente.*—Nó habiendo tenido lugar la transmisión entre ellas, conforme al art. 33 del Código civil, su más próximo pariente y, como tal, heredero de ambas, ha de satisfacer el impuesto por razón de su respectivo grado de parentesco y con sujeción a lo establecido en el Reglamento y tarifa del impuesto de Derechos reales.

La *Jurisprudencia Económico-Administrativa* (marzo de 1940, páginas 156 a 160) trae un fallo interesante del Tribunal Central sobre el impuesto de Derechos reales en caso de transformación de una Sociedad. En 4 de diciembre de 1933 se constituyó en Pontevedra una Sociedad anónima denominada "Industrias Gallegas, S. A.", con un capital de 2.100.000 pesetas, sobre el cual se giró oportunamente la liquidación de Derechos reales. En el art. 2.º de los Estatutos de la Sociedad se estableció que "su objeto será la fabricación de cerámica de construcción, conservas de pescados, negocios similares y cualesquiera otros que la Junta general de accionistas, a propuesta del Consejo de Administración, acordase implantar". La Junta general de accionistas acordó, en 24 de octubre de 1934, la ampliación del capital social aportando bienes inmuebles que, previa la comprobación administrativa, se estimaron en 1.338.875 pesetas, y la modificación del art. 2.º de los Estatutos, que quedó redactado en la siguiente forma: "Su objeto será la fabricación de cerámica de construcción de todas clases, conservas alimenticias, compraventa y permuta de bienes inmuebles, construcción, modificación y reparación de edificios y obras de cualquiera clase que sean, formación de proyectos, presupuestos y Memorias para la construcción de obras, arriendo de fincas, construcción de obras, así públicas como particulares, cesión de los contratos respectivos a terceras personas; constitución, adquisición, venta y pignoración de toda clase de obligaciones simples e hipotecarias, Derechos reales y valores industriales o mercantiles, compraventa de valores del Estado y su pignoración o dación en pago; compraventa, denuncia, laboreo y aprovechamiento industrial de minas de caolín, arcilla o cualquiera otra producción mi-

neral; alumbramiento de aguas potables o minerales y su aprovechamiento natural o industrial, y negocios similares a los anteriores o relacionados con ellos, así como los que la Junta general de accionistas, a propuesta del Consejo de Administración, pueda acordar." La Oficina liquidadora aplicó a dicha escritura el art. 19, núm. 14, del Reglamento para la aplicación de los impuestos de Derechos reales y sobre transmisiones de bienes de 11 de marzo de 1932 (*Gaceta de Madrid* del 21-VII-1932, pág. 516), que dice así: "La transformación de la Sociedad por cambio de naturaleza o forma, por variación de objeto o por ampliación del mismo, para comprender en él facultades u operaciones que no sean de las atribuidas a las Sociedades de su clase por el Código de Comercio, tributará al 0,60 por 100 del haber líquido en el día en que el acuerdo de transformación se adopte, siendo de aplicación a este caso todas las disposiciones consignadas para el de prórroga en los párrafos cuarto y quinto de este artículo. Si el capital de la nueva Sociedad fuere superior al haber líquido de la anterior, aquél servirá de base de liquidación." La liquidación se giró, en consecuencia, sobre la base de 3.438.875 pesetas. La reclamación de la Sociedad contra la liquidación ante el Tribunal Económico-Administrativo provincial no tuvo éxito; tampoco lo tuvo el recurso contra el fallo de dicho Tribunal, desestimado por el Tribunal Central. La Sociedad opinaba aplicable el núm. 10 del art. 14, que establece que "el aumento de capital tributará como constitución de Sociedad por el importe de las nuevas aportaciones, considerándose también como tales las utilidades que no se repartan, aplicándolas al objeto expresado".

El Código de Comercio distingue las Sociedades mercantiles según dos puntos de vista: según su forma jurídica y según la clase de negocios a que se dedican. La primera división está contenida en los artículos 117, párrafo quinto, y 122; la segunda, en el art. 123. La primera división se desarrolla en los arts. 125 a 174; la segunda, en los artículos 175 a 217. El art. 19, núm. 14, del Reglamento, abarca ambos casos, enumerándolos sucesivamente: 1.º, "por cambio de naturaleza o forma"; 2.º, "por variación de objeto o por ampliación del mismo para comprender en él facultades u operaciones que no sean de las atribuidas a las Sociedades de su clase por el Código de Comercio". Teniendo en cuenta la situación legal descrita, hay que rechazar, efectivamente, según el modelo del Tribunal Central, las objeciones de la Sociedad. En primer lugar: si bien es verdad que la Sociedad no ha cambiado su for-

ma jurídica, habiendo conservado su organización en forma de una Sociedad anónima, no lo es menos que este hecho excluye sólo la primera alternativa del art. 19, núm. 14, pero no la segunda. En segundo lugar: si bien es verdad que el art. 2.º de los Estatutos permitió la ampliación de los negocios ("cualesquiera otros que la Junta general de accionistas, a propuesta del Consejo de Administración, acordase implantar"), de modo que el acuerdo del 24 de octubre de 1934 no representó un cambio del negocio con relación a lo previsto en los Estatutos, no lo es menos que el art. 19, núm. 14, se aplica al cambio de una Sociedad de un tipo legalmente descrito a otro tipo legalmente descrito o a la ampliación de un tipo a un conjunto de varios tipos legales, caso aquí acaecido, puesto que se ensanchó la Sociedad, que en virtud de sus objetivos originales no pertenecía a ninguna de las primeras siete clases del artículo 123, entre otros tipos, al de las Compañías de Obras públicas (artículos 123, núm. 6, 184) y al de las Sociedades de crédito (artículo 123, núm. 1.175).

A pesar de los argumentos convincentes del fallo mencionado, quedan todavía dos problemas por resolver, que en este lugar sólo podemos indicar. El primer problema consiste en saber si es aplicable el artículo 19, núm. 14, si una Sociedad cambia o ensancha un objeto de los que no están específicamente tipificados con respecto a otro que tampoco lo está. En otras palabras: ¿Se permitirá, en perjuicio del público, detallar la tipificación legal por medio de subdistingos de índole administrativa? El segundo problema consiste en evitar que los particulares, para burlar los impuestos reales, establezcan ya en los primeros Estatutos el ámbito de negocios de manera tan amplia, que ya abarque todo lo posible. En este caso, la liquidación habrá de inspirarse en los cambios de los negocios realmente efectuados, en vez de analizar los negocios que pueden realizarse a base de los Estatutos. Desde luego, debe guiarse siempre la Jurisprudencia administrativa por las ideas plasmadas en el art. 4.º de la Ley alemana sobre impuestos del 13 de diciembre de 1919 ("Reichsabgabenordnung"): "Al interpretar las leyes de impuestos han de tenerse en cuenta su finalidad, su importancia económica y el desarrollo de las circunstancias."

REVISIÓN DE REGISTROS FISCALES DE EDIFICIOS Y SOLARES.—Se declara no haber lugar a la revisión instada, por haber transcurrido el

plazo de un año que para solicitar tal revisión señala el artículo 65 del Reglamento de 1932. (Resolución de 6 de marzo de 1936.)

CONTABILIDAD DEFECTUOSA.—Surten efecto en contra de la Sociedad unos asientos que se dicen defectuosos, en los que se anotan como ingresos unos beneficios procedentes de bienes propios de los socios, y la argumentación de no estar debidamente llevada la contabilidad no puede surtir efecto en cuanto al orden fiscal, pues lo contrario sería admitir que una contabilidad no ajustada a Derecho puede favorecer al infractor, en contra de lo establecido en el art. 48 del Código de Comercio. (25 de febrero de 1936.)

IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—*Condición resolutoria.*—En materia de interpretación de contratos es inadmisibile la estipulación de deberes dependientes de la aquiescencia del obligado a cumplirlos; y como en la compraventa la obligación de pagar el precio incumbe al comprador, el dejar voluntariamente de satisfacerle éste no puede estimarse condición de la cual dependa la validez y eficacia de la venta. Por consiguiente, la cláusula de dejar sin efecto en parte la venta de la finca cuando conviniera al comprador, cláusula aceptada voluntariamente por el vendedor, constituye un acto sujeto al impuesto de Derechos reales. (17 de marzo de 1936.)

IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—*Valor declarado.*—Debiendo entenderse por valor declarado en cada acto o contrato el que, a los efectos de la transmisión a que se refiere, expresamente consignen los interesados en el documento liquidable, no puede considerarse como tal el que se haya declarado para otro acto o contrato distinto y anterior al de que se trate o a otros efectos diferentes. (24 de marzo de 1936.)

CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL.—*Valoraciones catastrales consentidas.* No pueden ser impugnadas al procederse a la exacción de las liquidaciones en virtud de ellas practicadas. (6 de marzo de 1936.)

CONTRIBUCIÓN SOBRE UTILIDADES.—*Créditos incobrables.*—Los así clasificados por el contribuyente no pueden deducirse de los productos de explotación, a los efectos de la tarifa 3.ª, sin la debida justificación y contabilización. (Acuerdo de 25 de febrero de 1936.)



EXPROPIACIÓN DE BIENES SOCIALES.—El precio percibido en el ejercicio de 1928-29 por una Sociedad regular colectiva por expropiación de instalaciones petrolíferas y contabilizado en dicho ejercicio, no puede estimarse como una reserva tácita formada por amortizaciones anteriores a 1920, al efecto de no sujeción al tributo, y, por tanto, forma parte de los beneficios a tributar por tarifa 3.<sup>a</sup> (Acuerdo de 25 de febrero de 1936.)

BENEFICIOS SOCIALES PROCEDENTES DE PARTICIPACIÓN EN OTRAS SOCIEDADES.—No es deducible de la cuota de tarifa 3.<sup>a</sup> la parte proporcional al 80 por 100 de dichas participaciones. (Acuerdo de 25 de febrero de 1936.)

AMORTIZACIONES.—Sólo son deducibles las cantidades fijadas por la Administración en virtud de dictamen técnico, cuando el contribuyente no opone prueba en contrario de igual índole. (Acuerdo de 10 de marzo de 1936.)

IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—*Deducción de la base por cuota del caudal relicto.*—Es improcedente en las liquidaciones giradas a cargo de legatarios, no estando acreditado que deban satisfacer el impuesto de caudal relicto. (Acuerdo de 31 de marzo de 1936.)

ADJUDICACIÓN EN PAGO DE DEUDA.—No existe ni procede, por tanto, girar liquidación por tal concepto cuando la deuda se cancela mediante la entrega de acciones emitidas por la Sociedad deudora y suscritas por la acreedora, aportando para ello el importe de su crédito. (Acuerdo de 7 de abril de 1936.)

LEGADOS CON PAGO APLAZADO.—No están sujetos a condición suspensiva los legados cuyo pago en metálico haya de verificarse una vez vendida una finca por el heredero, y, por tanto, es improcedente el aplazamiento de las liquidaciones. (Acuerdo de 7 de abril de 1936.)

ADJUDICACIÓN PARA PAGO DE DEUDAS.—Procede girar liquidación por tal concepto a cargo del heredero cuando sea procedente la deducción de deudas y no exista metálico inventariado, aunque se trate de liquidación provisional. (Acuerdo de 7 de abril de 1936.)

APORTACIÓN A UNA SOCIEDAD DE BIENES HIPOTECADOS.—El único concepto liquidable es el de aportación, y la base es el total valor del inmueble, siendo improcedente liquidar por el de adjudicación para pago de deudas el importe de la hipoteca. (Acuerdo de 21 de abril de 1936.)

IMPUESTO DE TIMBRE. — *Canje de efectos.* — Procede el de una letra de cambio en que no aparece consignado su importe ni las firmas del librador ni del librado. (Acuerdo de 5 de junio de 1936.)

IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—*Precio único de venta de bienes de distinta naturaleza.*—Determina la obligación de tributar por el tipo más elevado de la tarifa de los que correspondan a los bienes objeto de la transmisión. (Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1935.)

IMPUESTO DE TIMBRE.—*Escritura de constitución de hipoteca en garantía de obligaciones.*—Habiéndose satisfecho el timbre correspondiente en virtud de escrituras de emisión de obligaciones con promesa de hipoteca para cuando se pudiera legalmente constituir la, la escritura por la que se da efectividad a la promesa sólo debe reintegrarse con timbre de 3,60 pesetas, clase 6.<sup>a</sup>. (Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1935.)

## BIBLIOGRAFIA

---

LORENZO MOSSA.—“Sul Codice delle Obligazioni” (“Sobre el Código de las Obligaciones italiano”).—*Rivista del Diritto Commerciale*, julio agosto 1940.

La Prensa española ha publicado estos últimos días algunos despachos telegráficos procedentes de Roma en que se afirmaba que había sido entregado solemnemente a los Poderes públicos el Código civil completo. No hay tal cosa. Concluido y promulgado fué solamente el Código de Procedimientos civiles. El Proyecto de libro IV del Código civil que ya dentro del período fascista apareció como Código independiente, redactado por una Comisión francoitaliana, en ambos idiomas, ha pasado de la vanguardia a la retaguardia de la codificación, arrastrado entre una y otra guerra por una corriente revolucionaria que no se calmará hasta que nuevas formas de justicia social sean conquistadas para Italia y para el mundo. Había nacido tarde, evocaba el tipo napoleónico protector de la burguesía que acaparó la libertad y la justicia, y reflejaba instituciones y dogmas caducos.

La distancia ideológica entre los autores franceses, enamorados del pasado, y los entusiastas del régimen corporativo, la discordancia entre los caracteres actuales de los dos pueblos, había de llevar indefectiblemente a la bancarrota de un Proyecto que únicamente iba orientado a preparar la unión jurídica de los pueblos latinos, sin tener en cuenta los recientes frutos, las instituciones vitales y las verdades fecundas que la revolución nacional ha conquistado o descubierto. El antiguo *Codice civile* era el símbolo de la nación reconstruida; el nuevo *Codice delle Obligazioni* no puede ser un simple libro del Código civil, debe ser una obra grande y duradera, nacional en el sentido amplio, y animada por las ideas políticas y jurídicas actuales.

No se hace un Código para una escuela. Planiol profetizó que el

Código alemán, tan metódico y perfecto, comparado con el *Code civil*, viviría menos que éste. El proyecto italofrancés, inspirado en ambos, ha servido también como modelo al Código polaco de Obligaciones (1927), al Código civil griego (1940), y a la reforma en curso del argentino. Sin embargo, contra el proyecto se ha hecho valer la frase de María Teresa: "Un Código no puede ser un tratado de Derecho."

Hay que confesar que el Proyecto de Código había recogido y continuado los elementos técnicos y nacionales, y que en el campo de las obligaciones y con referencia a sus bases fundamentales (acto jurídico, voluntad, contrato, etc.) el acuerdo de todos los pueblos y la unificación de la legislación es muchísimo más fácil que en el derecho de familia o en el patrimonial (agrario, aguas, etc.).

Todo el mundo espera ansioso los institutos jurídicos que aseguren la vida del porvenir; pero el siglo XX no parece tener la vocación codificadora de su antecesor y la burocracia legislativa ha ocupado el puesto de la codificación revolucionaria. Ni aun la legislación rusa, que tenía la ambición de reconstituir la economía privada, ha hecho nada fundamental. Una conquista jurídica sólo puede ser profunda y duradera cuando penetra en el derecho privado. Las reformas centradas en el derecho público quedan casi siempre en la superficie y así se explica que los principios de la *Carta del Lavoro* sean en gran parte letra muerta para la jurisprudencia. La revolución alemana de noviembre de 1918 no ha tocado una línea del Código civil, aunque el Nacionalsocialismo piense en transformarlo en Código del Pueblo.

Sobre todo en el sistema de Obligaciones deben incrustarse el orden corporativo y las bases del derecho económico sin perjuicio de las aplicaciones posteriores en las legislaciones especiales.

No importa duplicar en textos generales y particulares los principios del nuevo orden jurídico: justicia social, solidaridad, interés de la comunidad conjugado con el de los particulares, libertad y honor de las personas, valoración del trabajo, protección del necesitado, reacción contra las presiones económicas y sociales, fe en la palabra y equilibrio de intereses. La dificultad estará únicamente en la forma técnica que los principios técnicos han de recibir y en la manera de hacerlos vivir dentro del Código de Obligaciones, como se hizo en México.

Esta tarea no será difícil a los juristas italianos que desde los comienzos del siglo XX han levantado la bandera de la reforma social.

J. ARIAS RAMOS.—“Derecho Romano”.—Editorial *Revista de Derecho Privado*, 1940 (3 tomos).

La prestigiosa Editorial *Revista de Derecho Privado* acaba de publicar un “Derecho Romano” en tres volúmenes, abarcando cada uno 350 páginas aproximadamente. El sistema del Derecho Romano está contenido en los dos primeros. El tercer volumen reproduce textos elegidos de las fuentes en el mismo orden en que el autor expone el sistema. Así sirve para prácticas de exégesis, repasos, casos, ejemplos, etc. Dirigiendo nuestra atención a las primeras dos partes de la obra, salta a la vista que el autor sigue el así llamado sistema expositivo alemán: Parte General, Derechos Reales, Obligaciones, Familia, Sucesiones, dedicando a los primeros dos temas el primer volumen, y a los restantes el segundo. Hablamos del “así llamado” sistema alemán, puesto que de hecho se trata del sistema del “usus modernos pandectarum” (término de Stryk), mientras que el Código civil alemán y la ciencia después de su confección coloca las obligaciones antes del Derecho de cosas. El señor Arias Ramos incluye el procedimiento en la Parte General. La Historia de las fuentes y el Derecho público quedan fuera del plan de la obra. El autor habla en el Prólogo del anhelo patriótico que le ha animado a aumentar la bibliografía romanista en castellano. No es extraño que en esta época de rejuvenecimiento de España tal anhelo encuentre múltiple eco. Efectivamente, observamos que en este año, y a pesar de la escasez de papel, han salido a la luz nada menos que tres obras sobre Derecho Romano: el libro que tenemos a la vista; los *Apuntes de un curso de Derecho Romano*, de D. Ursicino Alvarez-Suárez (1939-40, ed. por la Delegación de Derecho del S. E. U. de Madrid, en publ.), y el *Manual de Derecho Romano*, de Sánchez Peguero (Madrid, 1940). Sea dicho en loa del Sr. Arias Ramos que su libro representa una valiosa aportación al Imperio espiritual español, exponiendo con pulcritud y conforme a los últimos resultados de la ciencia el Derecho de aquel país que nos ofrece el primer ejemplo y el modelo de un Imperio.

Alguien echará de menos las refinadas disquisiciones sobre los orígenes y desenvolvimiento de las instituciones, las citas copiosas y los entronques con el Derecho moderno; pero para nosotros la obra en estos particulares es eminentemente española, porque se aleja de los modelos eruditos que aplastan a nuestros estudiantes con el volumen de sus

notas, ya sea el Windscheid con sus riquísimas referencias, que agotan en breves palabras las distinciones conceptuales, ya el Dernburg, que las multiplica para afirmar los casos prácticos y las discusiones más importantes, ya el mismo manual de Girard o las clásicas Instituciones de Serafini. Aparte de que en nuestras Universidades se enseña el Derecho Romano en forma más asquible, sin confundir al alumno con transformaciones caleidoscópicas, ni preocuparle con las interpolaciones o con la pureza de los textos, y no hay aquí tratados de Pandectas en el sentido de una teoría general que siga al secular derecho privado en sus desarrollos a través del llamado derecho común de origen e inspiración romanos. En tal estructura sencilla y atrayente se parece la obra del Sr. Arias Ramos a la *Historia del Derecho Romano* del Sr. Hinojosa, que descartó intencionadamente multitud de citas e indicaciones de textos, complemento indispensable de toda obra de fina erudición, pero de que *debe usarse con mucha sobriedad en libros que no tienen más carácter ni otro objeto que servir de preparación al estudio de dichas obras.*

GIUSEPPE CHIOVENDA.—*Instituciones de Derecho procesal civil.* (Traducción de la segunda edición italiana y notas de Derecho español, por E. Gómez Orbaneja; tomo II, 1940).—Editorial *Revista de Derecho Privado*, página 327.

El libro que tenemos a la vista representa sólo una parte del segundo tomo del Tratado de Chiovenda. La parte restante se publicará en un tercer volumen. El libro que acaba de ver la luz se refiere a los presupuestos procesales, distinguiendo los presupuestos concernientes a los órganos del Estado (jurisdicción, competencia y capacidad especial subjetiva de los órganos jurisdiccionales); los presupuestos relativos a los otros sujetos del proceso (las posiciones que pueden ocupar los sujetos procesales, las personas de los sujetos), y los presupuestos procesales no concernientes a los sujetos, es decir, las excepciones procesales.

Tan agradecidos como somos los juristas españoles a toda publicación de índole científica, creemos de más utilidad todavía el esbozo de Manuales del Derecho positivo español, por un lado (creemos saber que muy pronto podremos anunciar un Derecho procesal español); y la traducción de artículos o de libros programáticos extranjeros atinentes a las nuevas corrientes doctrinales y políticas, por otro. La impor-

tancia de una exposición del Derecho español, no necesita ni siquiera una justificación. En lo referente a innovaciones, se discute sobre todo en los países del Eje la posición del Juez en el Estado totalitario. Esta posición ofrece dos aspectos: 1.º, el Juez y la Administración; 2.º, el Juez y la Ley. En el Estado totalitario, no existe ya la división de Poderes de índole liberal. Bien es verdad, que la Administración no interviendrá por regla general en la actividad de los Tribunales. Pero esta su abstención no se debe a una prohibición política, contenida en las ideas de Montesquieu, sino a las reglas prácticas de una división de trabajo. Por lo tanto, el Jefe de un Estado totalitario puede intervenir en cualquier pleito cuando lo juzgue oportuno. En lo referente a la relación entre el Juez y la Ley se ha efectuado otro cambio importante. En el Estado liberal, el Juez está sometido a la Ley, para garantizar a los ciudadanos seguridad jurídica. En el Estado totalitario, el Juez está sometido a la Ley, porque la Ley expresa la voluntad del Pueblo encarnado en el Jefe de Estado. Si la Ley se divorcia de esta voluntad—piénsese sobre todo en leyes promulgadas antes del advenimiento del nuevo régimen—, el Juez debe posponer la Ley y anteponer la presunta voluntad del Pueblo. La incorporación del Juez a la Administración lleva a la pregunta de si no convendría convertir toda la Jurisdicción contenciosa en Jurisdicción voluntaria. La discusión en torno de este problema tendrá desde luego la gran ventaja científica de animar la investigación de la Jurisdicción voluntaria, bastante abandonada. El término se encuentra ya en los Digestos (I, 2 Dig. de off. proc. 1, 16; véase: Schlegelberger: *Kommentar zum Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Berlín. Carl Heymann, 4.ª ed., 1934, tomo I, pág. 66), mientras que el concepto en el sentido moderno se desarrollaba en la práctica del proceso italiano de la Edad Media (Chiovenda, pág. 16). La distinción entre Jurisdicción contenciosa y Jurisdicción voluntaria es precaria. Schlegelberger (págs. 64 y sigs.) divide las teorías según ven la nota distintiva en la finalidad, en el objeto o en los medios de las Jurisdicciones. La definición de Chiovenda ha de incluirse en el primer grupo. Se adhiere a la teoría finalista de Wach: "Los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos o contribuyen al desenvolvimiento de relaciones existentes. En cambio, la jurisdicción verdadera y propia tiende a la actuación de relaciones existentes" (pág. 19). La diferencia práctica entre las resoluciones de una y otra Jurisdicción consiste, según Chiovenda (págs. 17, 18), en que

las de la Jurisdicción voluntaria no producen la presunción de la cosa juzgada ni son susceptibles del recurso de casación. Ambos extremos necesitan en el Derecho español detallado análisis (véase el art. 1.818 de la ley de Enjuiciamiento civil, por un lado, y los arts. 1.822, 1.690, número 4, de la ley de Enjuiciamiento civil, por el otro). La desvinculación del Juez de la Ley ha dado lugar a la discusión de si tal principio se apoya sobre la esencia del Estado totalitario, a diferencia del Estado liberal, o de si se trata de una oposición entre el "case-law" de raigambre anglosajona por una vertiente, y de la concepción legalista de origen romanista, por otra vertiente. Completemos la bibliografía dada con ocasión de nuestra recensión del libro de Lenz (*Neue Grundlagen der Rechtsfindung*); Rothenberger, *Die Stellung des Richters im Führerstaat* (La situación del Juez en el Estado totalitario, en *Deutsches Recht*, 1939, pág. 831); Schmidt-Klenenow, *Die Bindung des Richters an das Gesetz* (La vinculación del Juez a la Ley; en *Deutsches Recht*, 1939, pág. 337); Freißler, *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken* (El Derecho nacionalsocialista y su pensamiento jurídico; 1938; véase sobre este libro REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 428 a 431). De la multitud de los pormenores interesantes sea mencionado el reconocimiento del "exequatur" incidental (págs. 60 y sigs.), concepto rechazado o abandonado en España. Si por ejemplo, un legatario entabla demanda en España contra el heredero, basándose en una sentencia extranjera expresiva del fallecimiento del testador, no hace falta el procedimiento del "exequatur" en virtud de los artículos 951 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, sino meramente la observancia de los requisitos contenidos en los artículos 951 a 954, cuya existencia se examinará por el Juez ante el que pende la litis (véase Antonio Luna, *El Registro civil de España y los extranjeros*. Madrid. 1936, págs. 124 a 127).

*Boletín Internacional de Derecho Agrícola*, núm. 1, 1940. Texto francés.—Roma.

Hemos recibido el primer número de esta Revista, que se halla en conexión directa e íntima con el *Anuario Internacional de Legislación Agrícola*, existente hace una treintena de años, y que contiene, en primer lugar, varios artículos originales ilustrando las leyes e instituciones que interesan a la agricultura; en segundo lugar, la jurisprudencia, en notas



sintéticas y país por país; en tercero, las *informaciones* sobre el estado actual de la materia agrícola y doctrina jurídica; en seguida, la parte relativa a *leyes y proyectos* más recientes, y, por último, la *bibliografía*, dividida en dos secciones: una, dedicada a los estudios agrícolas publicados en las principales revistas, y otra, a las obras y monografías más importantes.

ROBERT H. SHIELDS y ASKEL DONOHOO.—“El seguro de cosechas a todo riesgo en los Estados Unidos, según la Federal crop insurance Act” de 1938.—*Bul. Int. de Droit Agricole*, 1940, I.

En éstos últimos años, el Japón y los Estados Unidos se han preocupado profundamente con los medios de asegurar los cultivos. Parece que los ensayos hechos por los americanos no han tenido feliz éxito. Faltaban estadísticas serias, el seguro no se había limitado a cubrir los riesgos de la producción, sino que también intentaba garantizar el precio; la circunscripción de las medidas a regiones determinadas impedía la distribución adecuada de los riesgos; el capital resultaba deficiente para soportar las pérdidas del período inicial, y la organización administrativa era inadecuada.

El Gobierno federal ha insistido, y el Presidente aprobó el 16 de febrero de 1938 el seguro de cosechas, sobre la base de una *corporation* u organización oficial que forma parte del Departamento de Agricultura, con un capital de 100 millones de dólares.

Los productores de trigo pueden ser asegurados contra las pérdidas por causas inevitables (sequía, inundación, heladas, granizo, viento, rayo, fuego, huracán, insectos, enfermedades de las plantas...). El seguro ha de cubrir más del 50 por 100 y menos del 75 del rendimiento medio comprobado en la explotación. Las primas se calculan sobre el mismo, y así como la indemnización, deben pagarse en trigo o en su equivalencia. La *corporation* no puede comprar y vender trigo más que con tal objeto.

Con este sistema se evitan los riesgos de la especulación, se garantiza una oferta normal de cereales y se eliminaba la inmoralidad o juego.

Según los términos del programa para 1940, el cultivador, en su petición, debe manifestar lo que se propone sembrar, paga la prima anticipadamente y no puede exigir una póliza cuando todavía no cabe cálculo alguno de probabilidades sobre la sementera.

Hasta el 28 de marzo último se habían aceptado 380.000 peticiones, con primas de 15.000.000 bushels, relativas a más de 11 millones de acres, con una producción de 108.300.000 bushels.

Frente a esta poderosa organización de los seguros de cereales, hemos de reconocer que en España, aunque bien orientados, significan poco las disposiciones del decreto de 10 de febrero de 1940 y el reglamento de 11 de abril, que distinguen los riesgos *asegurables* (pedrisco, incendio, mortalidad, inutilización, transporte) de los *no asegurables* (heladas, lluvias, inundaciones, sequías, huracanes), si bien estos últimos pueden ser protegidos por Cajas de socorros mutuos, seguros parciales y auxilios especiales.

VALERIU BULGARU.—“El nuevo Código civil rumano y la legislación agraria”.—*Bul. Int. de Droit Agr.*, 1940, I.

Como posición inicial del problema, señala el autor el antiguo Código de 4 de diciembre de 1864, semejante en casi todas sus partes al Código Napoleón, y la ley sobre la reglamentación de la propiedad rural de 15 de agosto del mismo año, que liberó a los siervos y los declaró propietarios de los terrenos que ocupaban. Sobre esta codificación unitaria se desarrollaron las leyes que reglamentaban los contratos de trabajo entre labradores y terratenientes y las que organizaban la parcelación y la secularización de los bienes de la Iglesia de Oriente.

A principios de este siglo, en 1907, entró en vigor la ley que regulaba las condiciones del contrato de trabajo, garantías, salario mínimo, procedimiento, etc.; en 1908, la de arrendamientos por grandes trusts, y en 1912 la desamortización de tierras arables; pero estas disposiciones no quebrantaban radicalmente el derecho común, sino que aparecen como soluciones dadas a los problemas planteados en períodos de crisis agraria.

La guerra mundial provocó grandes cambios: expropiación y venta de terrenos a los combatientes, constitución de pastos comunales, reformas del derecho privado... Todo un poco desordenado y confuso, por haberse unido Dobrudja, de régimen napoleónico, a la Besarabia rusa, a la Transilvania húngara y a la Bucovina austriaca.

En la postguerra la legislación agraria va adquiriendo sustantividad, y la ley de 22 de marzo de 1937 organiza y protege las propie-

dades menores de 10 hectáreas (o sea el 90 por 100 de las explotaciones agrícolas de Rumania).

Y en 1939, el Ministerio de Agricultura recogió en un proyecto el mosaico legislativo para constituir un sistema unificado y coherente sin alterar el fondo. Los 68 artículos del proyecto tenían la siguiente ordenación:

Título preliminar. 1.<sup>a</sup> parte: Transmisión de la propiedad agrícola (autorización, derechos prelativos de adquisición, venta en subasta, indivisibilidad, permutas, sucesión hereditaria, compensaciones a los coherederos, competencia); 2.<sup>a</sup> parte: Utilización de los predios (financiamiento de la *pre-emptio*, destino y obligaciones impuestas al adquirente). 3.<sup>a</sup> parte: Arrendamiento e hipoteca; 4.<sup>a</sup> parte: Reconstitución de la propiedad. 5.<sup>a</sup> parte: Disposiciones generales (forma de los actos, nulidad, disposiciones transitorias y finales).

Pero se adelantaron los trabajos de elaboración del nuevo Código, que conserva el cuadro tradicional (no obstante reducir a tres los cinco libros) y apenas menciona la legislación agraria en vigor, por lo que ésta continúa como algo excepcional desde el punto de vista de los principios, y general, si se atiende a su extensión e importancia.

Se consigna que todas las cosas son enajenables, que se puede hipotecar libremente, arrendar hasta noventa y nueve años y repartir las cosas: pero se prohíbe la división física cuando baje considerablemente su valor y se concede un extraordinario valor a la petición de un solo coheredero para impedirla. Por último, se introduce una noción fundamental: la unidad económica que apunta en nuestra legislación y protege al suelo contra la pulverización. En cuanto al retracto de coherederos y a los libros hipotecarios, no tenemos tampoco mucho que aprender nosotros.

*El error como vicio de una declaración de voluntad.*—Reseña bibliográfica de la contribución de TITZE en el "Homenaje a Heymann". Tomo II, págs. 72 y sigs. Weimar, 1940.

La doctrina ya remota atribuyó siempre al error en una declaración de voluntad fuerza anuladora; sin embargo, no confirió este efecto a un error cualquiera. Más bien distinguíanse siempre "errores esenciales" y "errores accidentales". Pero mientras que hasta este punto no surge dificultad ninguna, plantéanse, en cambio, violentas discusiones.

referentes al criterio distintivo. ¿Cómo trazar la línea divisoria entre ambas clases de errores?

I.—1) Algunos autores y legislaciones eligen como criterio la culpabilidad, dando lugar a dos grupos de distinguos, según que recaiga sobre la persona del que yerra o sobre la de su adversario. En el primer caso, se habla de error excusable y de error inexcusable; en el segundo, de error cognoscible e incognoscible. El Proyecto francoitaliano de unificación del Derecho de obligaciones y de contratos (art. 14), el Código civil japonés (art. 95), el Código civil de China (art. 88, pár. 1.º), el Código civil de Tailandia (art. 119) y otras leyes adoptan más o menos el criterio de la culpabilidad. Sin embargo, no es recomendable, puesto que el concepto del error excusable es de tan difícil manejo como el del error esencial.

2) Una opinión muy divulgada distingue entre error de hecho y error de derecho, declarando esencial el primero y accesorio el segundo (así, por ejemplo, el Derecho inglés, los Códigos civiles de Chile [artículo 1.452] y argentino [art. 923], etc.). Pero la distinción entre hecho y derecho es difícilísima. ¡Piénsese en el error de subsunción, en el recaído sobre usos comerciales, condiciones de negocios, Derecho consuetudinario, Derecho extranjero, etc.! El Derecho inglés considera, por ejemplo, el error sobre Derecho extranjero como un error de hecho ("mistake of fact" (1). Y no dudamos que esté en la mente de todos la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en lo criminal, que equipara el error de hecho al error de derecho referente a leyes no penales. Sin embargo, la Sala de lo civil (S. 12 febrero 1898) ha declarado la accesoriedad del error de derecho (v. literatura española en contra: en Castán, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Reus, 1931, tomo II, pág. 130, nota 1.ª). El artículo 2.º del Código civil español se refiere directamente sólo al caso de que una ley imponga deberes, prescribiendo la obligación de cumplirlos, sin importar si se conocen o se desconocen. Algunas leyes declaran expresamente la importancia del error de derecho (Código civil de Méjico, art. 1.813; Código civil portugués, art. 659; Código civil italiano, art. 1.109, etc.).

3) El Derecho pandectista elaboró otra distinción de los errores. Como el Código civil español se apoya sobre esta doctrina, reproduci-

(1) Sobre el "error de derecho extranjero" en el Derecho comparado y en el Derecho español, véase Werner Goldschmidt: *La consecuencia jurídica de la norma del Derecho internacional privado* (Bosch, 1935; págs. 61 y sigs. 107 y sigs.)

remos el pasaje correspondiente en uno de sus más famosos representantes: en el *Sistema del Derecho pandectista*, de Thibaut (9.<sup>a</sup> ed., Jena, 1846, cap. 373 y 374): "Por lo que atañe a los efectos del error, distíngase: I) Ambas partes yerran (error bilateralis). 1) Si se considera en este caso el error como esencial, el negocio es nulo. El error es esencial: A) Si cada uno piensa en un objeto diferente o si creen existente un objeto que no existe; B) Si el error recae sobre cualidades esenciales del contrato o de su objeto; sobre todo, a) Si uno adquiere cosas propias creyendo que son ajenas, o si alguien desea adquirir cosas no comerciables sin saberlo; b) Si uno piensa en un precio más alto que el que se le ha prometido; c) Si la cosa prometida ha sido destruida en su mayor parte, siendo el contrato sinalagmático; d) Si las partes yerran sobre sus personas, aunque no se tratara a la vez de un error esencial sobre el objeto del contrato. En cambio, un error en los motivos no es nunca una razón para anular el contrato; e) Si hay error sobre la causa del contrato. II) Si se trata de un error unilateral, es decir, una parte yerra sabiéndolo la contraria, ha de hacerse la siguiente distinción: 1) El que promete yerra. A) Si en este caso el que acepta sabe que se le promete algo peor de lo que se le quiere prometer, se mantiene el negocio; B) Si, en cambio, el que acepta sabe que se le promete algo mejor de lo que se le quiere prometer, ha de distinguirse: a) El error es esencial, caso que conduce a la nulidad del negocio; b) El error es accesorio, en cuyo caso puede ser reclamada sólo indemnización; 2) Errando el que acepta, y A) Siendo esencial el error, el negocio es nulo; B) Siendo, en cambio, accesorio, el negocio es válido." Este sistema pandectista, por su excesivo casuismo, resulta lleno de lagunas e injusticias. Titze objeta con razón que no se distingue con bastante claridad dos clases del error bilateral: el error bilateral común y el error bilateral separado. En el primer caso, ambas partes se encuentran en el mismo error (v., por ejemplo, el caso arriba bajo I, 1), A, segunda hipótesis), que, por lo tanto, afecta a la "base del negocio" ("Geschäftsgrundlage") y da lugar a su nulidad. En el segundo caso, cada parte yerra separadamente de la otra. Ejemplo: A quiere ofrecer a B una mercancía por 800, pero escribe por equivocación 500. B, que es muy miope, lee 300 y acepta. Cada error debe ser tratado sin tener en consideración el error de la otra parte. Además, el Derecho pandectista, como el Derecho español, trata del error sólo con ocasión del contrato (artículo 1.265 Código civil). Pero una declaración unilateral puede ser afecta-

da también por dicho vicio. Y, efectivamente, encontramos preceptos aislados en el Código civil español al reglamentar el testamento (v. artículos 767, 773 y 862), aunque el art. 673 hace caso omiso del error. También el Derecho pandectista (v. Thibaut, l. c., cap. 968) menciona el error al tratar de los testamentos. El Código civil español comete una equivocación análoga con respecto a la causa, que tampoco se limita a los contratos (piénsese, por ejemplo, en la falta de causa en un legado remuneratorio). Finalmente, las categorías del "error in negotio", "error in persona", "error in corpore", "error in substantia", "error in dominio", "error in quantitate", etc., describen sólo exteriormente algunos casos de errores sin ofrecer un criterio intrínseco para valorarlos.

4) a) Desde Zittelmann (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879) se distingue el error de negocio y el error en los motivos. En el primer caso discrepan la voluntad negocial y el contenido de la declaración; en el segundo caso concuerdan, aunque la voluntad esté influenciada por motivos equivocados. Ejemplo del primer caso: un miope firma un documento, creyendo que se trata de un recibo, mientras que se trata en verdad de una declaración de fianza. Ejemplo del segundo caso: alguien compra un cesto de plata para la boda de unos amigos, sin saber que el noviazgo ya se había disuelto. Zittelmann opina que la representación equivocada puede o acompañar la declaración ("error in faciundo") o adelantarse a ella refiriéndose a su finalidad ("error in iudicando") o atender a los motivos ("error en los motivos"). Los dos ejemplos mencionados se relacionan con el segundo y tercer grupo de errores, respectivamente. Un ejemplo del primer grupo consiste en una equivocación al escribir o al hablar. Zittelmann—y siguiéndole el Código civil alemán—considera los dos primeros grupos ("errores in faciundo" y "errores in iudicando") como esenciales, eliminando como accesorio el error en los motivos.

b) Titze ataca el rigor lógico del distingo de Zittelmann, barruntado ya por Savigny (*System des heutigen römischen Rechtes*, t. III, 1840, págs. 111 y sigs. y págs. 326 y sigs., apéndice VIII). Investiguemos, por ejemplo, el error sobre cualidades esenciales. Zittelmann opina que se trata de un error en los motivos; Savigny, en cambio, cree que se trate de un error en la declaración. El Código civil alemán, para cortar la discusión, le considera, desde luego, como error esencial, equiparándole a los errores sobre el contenido de la declaración (art. 119, párrafo 2.º). Si una persona miope lee el número 500 equivocadamen-

te como 300 y contesta: "Acepto oferta", comete un error en el contenido de su declaración. Si le ofrecen, en cambio, el caballo de carreras "Ninfa" y él acepta la oferta, creyendo erróneamente que "Ninfa" había ganado ya una carrera, nos encontramos, según Zittelmann, con un error en los motivos. Y, sin embargo, no debe haber dudas de que la valoración jurídica de ambos errores ha de ser idéntica. En consecuencia, el sitio sistemático del error sobre cualidades esenciales despier-ta dudas con respecto al distingo zittelmanniano entre "error en la declaración" y "en los motivos". Pero Titze esgrime todavía otras razones en contra de la mencionada distinción. La teoría dominante no permite la anulación de negocios viciados por error, si se trata de negocios especulativos. ¡Piénsese, por ejemplo, en el error sobre la autenticidad de un objeto de arte comprado en la tienda de un anticuario! Otro problema nos ofrece el error de cuenta. El Tribunal Supremo le considera como un error en los motivos y, por lo tanto, como accesorio. Pero Titze opone a esta jurisprudencia que no se debe diferenciar entre el caso en que una persona, después de calcular acertadamente el precio en 100 pesetas, se equivoca y escribe 80 pesetas (error esencial "in faci-endo"); y el caso en que una persona, al calcular el precio, se equivoca al sumar o al buscar una cotización de Bolsa ("error en los motivos"). El artículo 1.266, pár. 3.º del Código civil español dice referente a este caso que el simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección. El Tribunal Supremo alemán no permite tampoco la anulación de ciertos contratos por consideración a los intereses públicos. Así prohíbe la anulación de la adquisición de acciones al fundarse la Sociedad anónima, puesto que se trata de una declaración hecha frente al comercio entero (véanse Ss. t. IX, págs. 37 y sigs.; 19, 124 y sigs.; 79, 112 y sigs.; 118, 271). Titze, discrepando bastante del distingo de Zittelmann entre "error en la declaración" y "error en los motivos", llega, finalmente, al resultado de que la situación real en esta materia es la siguiente:

"Una declaración, influenciada por un error, puede ser anulada por el que se equivocó.

Se excluye la anulación:

- 1) Si la rescisión del negocio infringiera intereses públicos.
- 2) Si el error recae sobre circunstancias cuya existencia o cuyo acontecimiento, según la opinión del comercio, pertenece al riesgo que el que yerra ha de correr en un negocio de esta clase.

3) Si el que yerra puede remediar el error mediante otros recursos jurídicos (por ejemplo, indemnización, rescisión del contrato, "actio redhibitoria", "actio quanti minoris", etc.).

4) Si el adversario se declara dispuesto a aceptar el negocio con el contenido que le quiso dar el que erró. (Ejemplo: El médico receta a X vino de Valdepeñas; X se equivoca al pedirlo y solicita vino de Jerez; el comerciante, después de esclarecerse el error, se ofrece a enviar a X vino de Valdepeñas; X no puede rechazar este ofrecimiento, aunque tal vez, entre tanto, otro médico le haya prohibido toda clase de alcoholes.)

5) Si el error es de importancia secundaria. (Ejemplo: En una subasta adquiere un postor muebles, creyendo que provienen del castillo de su amigo X, mientras que pertenecían a Y, al que desconoce.)

6) Si la invocación del error infringiera, por otras razones, las buenas costumbres.

II.—Como se ve, se desvanece en la práctica la distinción artificial de Zittelman. La razón consiste en que dicha distinción representa una consecuencia de la "teoría de la voluntad"; y que hemos de adoptar por consideración a la publicidad y a la seguridad del comercio la "teoría de la confianza". La "teoría de la confianza" carga el riesgo del error, en principio, sobre los hombros del que yerra. Sin embargo, habrán de admitirse tres grupos de excepciones. El contrato es anulable, si era cognoscible al adversario. Esta excepción representa una dimanación del principio de las buenas costumbres y se encuentra en las leyes escandinavas. Además, se permite la anulación del contrato, si el adversario motivó el error, aunque lo hiciera sin culpabilidad alguna, puesto que en este caso la Justicia pide que el riesgo de su conducta recaiga sobre él. ¡Piénsese, por ejemplo, en el caso de que una persona salga fiador, porque el acreedor le asegura que el deudor le ha dado una cosa en prenda, equivocándose "optima fide", sobre este particular! (la "innocent misrepresentation" del Derecho inglés). En esta hipótesis el fiador puede anular la fianza. Finalmente, se admitirá la anulación, si el adversario del que yerra no había todavía realizado ningún acto a base de la declaración viciada, de suerte que no sufre ningún daño por razón de ésta. Efectivamente, hay que reconocer que la descrita reglamentación del error se recomienda por su sencillez y por su justicia.