

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVI

Octubre de 1940

Núm. 149

Los cambios del Derecho y la irretroactividad en el padre Suárez

Si creyésemos a Affolter, que estudia, sin embargo, a los alemanes Lyncker (siglo XVII) y Henne (siglo XVIII), cuando dice que "la literatura desde Fellino hasta los umbrales del siglo XIX no es de gran importancia" (1), el estudiante de la irretroactividad de las leyes tendría que pasar de golpe varios siglos, como si en ellos no hubiese ningún escritor digno de atención; mas, una vez más, hemos de protestar del desconocimiento de España y sus valores hasta por escritores dignos de crédito y que creen haber agotado la materia, prescindiendo de nuestra aportación y cayendo con ello en errores como el transcrito, pues España presenta un gran escritor (2), el padre Suárez, cuyo valor exige, primero, que se haga la protesta que antecede, tan justa como lo es, el reconocimiento de su valía, y segundo, que se le dedique un estudio especial, para que él mismo justifique que le es debido con plena justicia.

Merece este estudio este sabio representante de nuestra cultura jurídica, no sólo por su importancia en la materia que nos ocupa, sino porque en él el pensamiento jurídico de la alta escolástica llega a su mayor perfección.

Esta filosofía que, según Hegel, se caracteriza por no elaborar su propio contenido, sino por recibirlo de la Iglesia católica, presenta en la

(1) F. Affolter: *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, Leipzig, 1902, página 249. *Die Litteratur nach Fellinus bis an die Schwelle des 19 Jahrhunderts ist von Keiner grossen Bedeutung.*

(2) Prescindiendo de aquellos como, por ejemplo, Covarrubias, que sólo accidentalmente y de pasada se ocupan de la irretroactividad.

materia de nuestro estudio un especial interés, pues dado ese contenido impuesto por la fe y también por la doctrina y el dogma católico, la filosofía escolástica ha de partir de un absoluto Dios, en el que no caben diferencias por ninguna negación real que pueda afectarle, y por ello ha de relacionar todo valor cultural, y entre ellos el Derecho como realidad y realización, con su origen y su fin en Dios. Ha de haber, pues, para la filosofía escolástica, dada la limitación intelectual humana (1), un Dios-Derecho, un Dios-norma, permítasenos la palabra, una ley eterna, en la que, por su pureza formal y espiritual, para excluir toda diferencia y con ella el cambio, se excluye la negación, excluyendo al par la determinación e incluso la obligatoriedad directa.

La ley eterna es el concepto formal escolástico de la norma, pudiéramos decir la forma pura de la norma (2).

Esta ley eterna, que es, según San Agustín (3), la razón divina o la voluntad de Dios, que manda se guarde el orden natural y prohíbe se perturbe, ha de referirse a un orden inferior, el natural y el de las criaturas humanas, y, sin embargo de esta referencia, ha de conservar su carácter eterno. Suárez plantea el problema con toda claridad, "como la Providencia que dice relación a las cosas provistas y, no obstante, puede ser eterna, aunque sean temporales las cosas provistas" (4), y a pesar de ser promulgada la ley para las criaturas previstas en Dios, según Santo Tomás.

Es, pues, la ley eterna, la fuente, el origen, el sostén y la razón de la ley natural, su forma, su ser; según San Agustín, nada hay en ésta que no proceda de aquélla.

Pero en la ley eterna no es concebible mutación. Es la ley, impropriamente así llamada; es la norma en sí, el Derecho puro; ha de informar, pues, el Derecho temporal y ha de conservar al par su intemporalidad; ha de mantenerse pura e invariable, dada su esencia, y para mantenerse invariable es lógicamente necesario ser no siendo, siendo sobre la existencia que generalmente llamamos ser, es decir, para nuestra limitada inteligencia; siendo en abstracto, en la pureza formal, no recibir determinación alguna, no admitir en sí diferencia; mas como, por otra

(1) Suárez: *Disputaciones metafísicas. Sobre el concepto del ente*, Madrid, 1935, página 68.

(2) Sobre este concepto, o. c., pág. 17.

(3) Libro 22, *Contra Faust*, cap. XXVII.

(4) Suárez: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Madrid, 1918, t. II, pág. 9.

parte, sólo con determinaciones concretas puede obligarse en lo temporal, a la conducta y a la acción, la ley eterna, que no puede ser determinable, no puede obligar directamente, y así lo vemos reconocido por el padre Suárez, que dice que, "considerada precisamente como eterna, no puede decirse que obligue, sino que podría llamarse (¿cómo diríamos?) obligativa o suficiente de suyo para obligar" (1); pero "nunca obliga por sí misma, separada de toda otra ley, sino que necesariamente debe unirse a alguna otra para que obligue en acto" (2).

Vemos en este "necesariamente" de Suárez el reconocimiento de la necesidad lógica en que se halla la escolástica, al deber mantener la pureza y el carácter eterno de la ley divina, de no considerarla como directamente obligatoria. Es la ley, no es ninguna ley.

Hemos visto, como necesariamente habíamos de ver, en la busca del ser puro, que éste es reconocido eterno, intemporal. El Derecho, en su esencia, es inmutable; pero dejarían los escolásticos de ser espíritus occidentales, dejarían de formar parte de la cultura de Occidente, no serían europeos y no lo sería el gran jurista y gran español que nos ocupa, si desconociera la realidad del mundo, la variabilidad del Derecho, el Derecho dinámico y evolutivo, y si se detuviese en el mundo superior de las esencias puras, abandonando por su impureza la realidad de la vida. Para llegar a ésta, venciendo el obstáculo de la oposición antes dicha, la distinción de forma y materia, con un mayor y más hondo sentido que el que la dió Aristóteles, será la que permita la unificación de la construcción teóricojurídica, y permitirá la coexistencia en un sistema de lo eterno y lo temporal, de lo permanente, inmóvil en su esencia pura y lo contingente en inquietud y movimiento en su materia.

El tránsito de los opuestos no se da dialécticamente elaborado, sino de hecho, en la coexistencia de ambos, en la que pudiéramos llamar emanación de la ley eterna, en su descenso a la existencia, descenso teórico de la pureza formal y al par ascenso en la determinación concreta: en la ley natural.

Esta ley es, al fin, la regla, que por su misma eminencia no puede ser la ley eterna, porque "la ley eterna no es para nosotros regla próxima, sino en cuanto es explicada por la natural" (3).

(1) Suárez: O. c., II, 52.

(2) Suárez: O. c., II, 53.

(3) Suárez: O. c., II, 118.

Esta ley natural no es la misma naturaleza racional que, considerada como tal, "es una esencia (1), y no manda, ni muestra la honestidad o malicia, ni dirige o ilumina, ni tiene otro efecto alguno de ley; luego no puede llamarse ley, a no ser que queramos usar el nombre de ley, muy equívoca y metafóricamente" (2), porque "aun cuando la naturaleza racional sea fundamento de la honestidad objetiva de los actos morales humanos", "no puede convenientemente llamarse ley natural" (3).

Esta ley natural es, no la naturaleza, sino la razón recta natural (4), la del entendimiento expedito, para dictar acerca de los agibles, y es a la par indicativa y preceptiva. Indicativa de lo en sí, lo intrínsecamente bueno o malo; preceptiva de la realización de aquello y evitación de esto" (5).

Esta primera emanación, este descenso de la ley al relacionarse con la Naturaleza, aun siendo ésta la humana racional, plantea necesariamente el problema de "si los preceptos de la ley natural son inmutables de suyo e intrínsecamente" (6); y aquí es donde vemos el triunfo pleno del espíritu occidental, realista en buen sentido, con un concepto, mejor intuición, dinámico, personal en última instancia, del Derecho. Si bien, según Suárez, la naturaleza humana no puede variar, sin embargo, la ley puede hacerse injusta por cambio en su materia. El Derecho es, pues, algo vivo, y el cambio material implica el cambio, si no de la forma, de la consideración formal. "Ninguna ley cesa por sí misma sin revocación del legislador, a no ser o porque no era perpetua, sino por tiempo determinado, terminado el cual también acaba ella y deja de ser, o porque se haga alguna mudanza en la materia, por razón de la cual se hace la ley irracional e injusta, siendo antes justa y prudente" (7).

Aunque esto no sea plenamente aplicable a la ley natural, según Suárez inmutable en sus primeros principios, el que aparezca reconocido

(1) El carácter teórico intelectual de la escuela es bien visible.

(2) Suárez: O. c., II, 58.

(3) Suárez: O. c., II, 61.

(4) San Pablo: *Epístola a los romanos*, cap. 2, v. 14: "Cum enim Gentes, quæ legem non habent, naturaliter ea, quæ legis sunt, faciunt, ejusmodi legem non habentes."

(5) Suárez: O. c., II, 66-73.

(6) Suárez: O. c., II, cap. XIII.

(7) Suárez: O. c., II, págs. 166 y sigs.

que en el Derecho, la justicia, consideración formal de la ley, pende a veces de la materia, y que por cambio de ésta puede la ley, antes justa, pasar a ser irracional e injusta, es un principio de gran importancia en la materia que nos ocupa, y con él se adelanta Suárez hasta lindar con las más modernas teorías del Derecho intertemporal.

En Suárez el principio dinámico es reconocido conscientemente y declarado por este gran jurista español, conciliándolo con la razón última del Derecho en la ley eterna.

El Derecho concreto se impone al espíritu occidental con su evolución incesante. El realismo de la vida y la Historia penetra hasta el mismo Derecho natural, salvo en sus primeros principios inmutables. El alma histórica de Occidente reacciona contra el ahistorismo griego, que perdura teóricamente en las escuelas.

Decimos que el principio de vida y caducidad del Derecho, que sólo para espíritus poco cultos implica desmérito y desvalorización, alcanza hasta el mismo Derecho natural, salvo en sus principios más generales, dada la permanencia de la naturaleza humana; por ello dice Suárez, recogiendo doctrina tomista, que como "en la ciencia física y natural, aunque no fallen los principios universales, las conclusiones, aun las necesarias, fallan a veces; lo mismo podía ocurrir en las cosas morales, y así podrá el Derecho natural sufrir mudanza", y que "se prueba la consecuencia por la paridad de la razón; porque así como la materia física es mudable, así también las cosas humanas, que son materia del Derecho natural, son mucho más mudables; luego *también el mismo Derecho es mudable*, pues así como de la materia toma la especie, así imita la condición de ella y participa de ella" (1).

La sabia y consoladora unidad intelectual medieval está viva aun en Suárez, y es la que impide que, dada su teoría del cambio en el Derecho natural por cambiar su materia, caiga en los escollos en que ha caído después la ciencia del Derecho. El escollo del formalismo, al apartar la materia como lo mudable de las formas abstractas vacías con las que juega; el escollo del materialismo, al sobreestimar la materia como *substratum* real natural, cuyos cambios determinan los del Derecho, mera construcción verbal.

De ambos escollos le salva la creencia en la providencia divina, informadora y creadora, que en la forma y en la materia permanece como

(1) Suárez: O. c., II, pág. 169.

primera y última *ratio*. La forma así no es la lógica abstracta ni la Naturaleza es la extensión ciega para el valor, sino que en una y otra vibra aún la mano del Creador, Ser que les dió el ser, que las relaciona y une y llama a sí, siendo la última y primera razón de ellas, llenando las formas, racionalizando la materia.

Sin sentir el peligro de la separación, que se inicia en el mismo siglo XVI, principio de la decadencia española y de la aún mayor decadencia europea, Suárez admite, como dijimos, que el Derecho natural es mutable en parte, pero no es mutable en la misma forma que el Derecho positivo humano. El Derecho natural sólo es mutable realmente por cambio en su materia (1), porque "aquellas cosas que consisten en cierta adecuación y cuasi-relación pueden mudar de dos maneras, o casi mudar o dejar de ser; a saber: o intrínsecamente, por la mudanza de sí mismas, como el padre deja de ser padre si muere, o extrínsecamente, tan sólo por la mudanza de otro, como el padre deja de ser padre, por la muerte del hijo, el cual dejar de ser no es mudanza en el padre, sino que lo concebimos y significamos a modo de mudanza. En la ley positiva, pues, ocurre mudanza del primer modo, porque puede ser abolida; mas no en la ley natural, sino sólo del segundo modo, por la mudanza de la materia" (2). Este cambio lo general es que no afecte al Derecho natural directamente, sino a través de la variación del Derecho, que Suárez llama humano, con los términos de su época, como si hubiere realidad cultural que pudiese no ser humana, dice así: "por el Derecho humano o de gentes o civil, puede hacerse tal mudanza en la materia de la ley natural, que por razón de ella varíe también la obligación del Derecho natural" (3).

Con todo lo dicho veremos clara la formación, entre los dos extremos de la ley eterna y la civil positiva, de una escala según la gradación de dependencia de la materia, desde la forma pura sin contenido concreto de la ley eterna, a los primeros principios del Derecho natural, Derecho natural positivamente, Derecho natural negativamente (4), Derecho

(1) Bonucci: *La derogabilità del diritto naturale nella scolastica*, Perugia, 1906. Suárez: O. c., II, 221: "Se ha de decir, propiamente hablando, que no dispensa Dios en algún precepto natural, sino que muda su materia o circunstancias."

(2) Suárez: O. c., II, 170.

(3) Suárez: O. c., II, 188.

(4) Suárez: O. c., II, 190.

de gentes, que algunos confunden con el natural (1), pero que es, por el contrario, ya humano y positivo (2) y Derecho civil.

El Derecho civil, base de toda la construcción, es el Derecho concreto y el mutable, pues hasta el mismo Derecho de gentes llega la inmutabilidad de los principios. "Civil se dice aquel que es mutable totalmente, mas el de gentes no es mutable en todo, sino en parte" (3).

Ya dijimos que en el Derecho natural es donde se entroncan los dos elementos de la noción del Derecho: La forma, representada en la ley eterna, donde ya actúa el concepto, distinguiendo en Dios al legislador y en la misma esencia divina a la ley eterna; y la materia, en la que también actúa el concepto, considerando el Derecho civil, es decir, una materia ya informada, sin descender a un *substratum* meramente material. El entronque se efectúa en el Derecho natural, al que casi llega el civil a través del de gentes, y al que desciende la forma casi pura en sus primeros principios. Dentro, pues, del mismo Derecho natural ha de surgir una distinción, y, en efecto, vemos en Suárez que, además de por lo en él contenido, según lo esté positiva o negativamente, y aparte de la de primeros principios (4) y consecuencias o, mejor dicho, principios menores y derivados (5), la distinción más fundamental de Derecho natural preceptivo y Derecho natural dominativo así: "La razón de la diferencia general entre el Derecho preceptivo y el dominativo es que el primero contiene reglas y principios del bien obrar, los cuales encierran verdad necesaria y, por tanto, son inmutables, pues se fundan en la intrínseca rectitud o maldad de los objetos. Pero el Derecho dominativo sólo es materia de otro Derecho preceptivo, y consiste, como diríamos, en cierto hecho o en tal condición o disposición de las cosas. Mas consta que todas las cosas criadas, o principalmente las incorruptibles, tienen de la Naturaleza muchas condiciones que son mudables y pueden ser suprimidas por otras causas" (6).

(1) Suárez: O. c., II, 262: "Algunos teólogos sienten que el Derecho de gentes tiene necesidad intrínseca en sus preceptos, y que sólo se diferencia del natural porque el Derecho natural se hace manifiesto sin discursos o con facilísimo discurso, mas el Derecho de gentes, por muchas y muy difíciles ilaciones."

(2) Suárez: O. c., II, 263 y 279.

(3) Suárez: O. c., II, 297.

(4) Suárez: O. c., II, 204.

(5) No nos atrevemos a llamarles de aplicación.

(6) Suárez: O. c., II, 195.

Son, pues, a nuestro juicio, en lo que tan breve y sucintamente hemos expuesto de la doctrina de Suárez, dos sus méritos principales: Primero. El admitir la realidad objetiva del Derecho, el Derecho es algo objetivamente real. Segundo. El admitir la mudanza, la vida histórica del Derecho.

En el primer aspecto, aun una voluntad divina, tan esencialmente distinta de la voluntad natural o psicológica, parece hacer sombra a la objetividad del Derecho, si por estas distinciones de nuestra inteligencia se oscurece la unidad de esencia. Dice Suárez que "la ley natural, en cuanto es ley divina propia, incluye preceptos y prohibición de Dios, no obstante supone en su materia honestidad o malicia intrínseca, ciertamente inseparable de ella. Y, además, supuesta la divina providencia, no puede Dios dejar de prohibir el mal, que la razón natural demuestra que es mal. Pero aunque finjamos que la prohibición puesta por Dios pueda ser quitada, no obstante repugna que aquello que es de suyo e intrínsecamente malo, deje de ser malo porque la naturaleza de la cosa no puede mudarse y, por tanto, no puede tal acto ser hecho libremente, sin que sea malo y disconforme con la naturaleza racional...

... El fundamento, pues, de esta sentencia, que toda malicia de los actos humanos proviene de prohibición extrínseca es totalmente falso" (1), porque "la ley natural prohíbe aquellas cosas que *en sí* son malas, en cuanto son tales y, por tanto, supone en los mismos objetos o actos deuda intrínseca, para que no sean amadas o sean hechas; y al contrario, manda el bien, en cuanto tiene intrínseca conexión y necesidad con la naturaleza racional; mas esta deuda es inseparable..., porque intrínsecamente se supone en las mismas cosas antes de toda ley extrínseca", porque el Derecho natural "no hace, sino que muestra la malicia del acto prohibido" (2).

Dentro de la objetividad admite, como hemos dicho, el cambio, por cambio en la materia, cesando la obligatoriedad del precepto natural "no porque el precepto en su materia no obligue siempre y continuamente sin excepción, sino porque mudada la materia ya no ha lugar en ella tal precepto en cuanto es natural" (3).

(1) Suárez: O. c., II, págs. 206 y sigs.

(2) Suárez: O. c., II, págs. 219 y 231.

(3) Suárez: O. c., II, pág. 252.

Sólo admite Suárez la mudanza total en el Derecho civil como segundo grado del Derecho humano. En este punto de la mutabilidad del Derecho humano surge la cuestión de la aplicación de la nueva ley, su alcance y fuerza, frente a la situación jurídica o el Derecho anterior. Esta, que es el objeto principal de nuestro libro, es también tratada por el jurista español con amplitud y alteza de miras, y, sobre todo, con más elevación que sus predecesores, que hemos estudiado. Veamos.

La ley humana, a pesar de ser Derecho mudable, "tiene triple perpetuidad o estabilidad moral. Es la primera de parte del que la da, porque no se retira, retirado él, ni muere muerto él. La segunda es de parte de los súbditos a los que se da, porque no sólo obliga a los presentes que han nacido o habitan el territorio cuando se da la ley, sino también a los sucesores de ellos, nacidos después, o a los que últimamente habitan allí. La tercera es de parte de la misma ley, porque una vez dada dura siempre, hasta que o se revoca o se muda de tal manera su materia o causa que deja de ser justa" (1), porque "cesa la justicia de la ley" (2).

Es decir, la ley dura y es ley mientras encarna el Derecho en relación a la materia, "mientras la materia no se suceda de tal manera que se haga injusta la ley" (3).

La ley está, pues, sujeta a cambios en el tiempo, por cambio en la materia o el estado de las cosas. Este amplísimo concepto de "estado de las cosas" indica toda la realidad, a la que se enfrenta el Derecho como norma, norma que en tal sentido nunca es abstracta, sino condicionada a la realidad, y como ésta cambia con el tiempo material y culturalmente al cambiar el conocimiento de aquélla. "Confesamos que no se dan las mismas leyes para todos los tiempos, y que unas convienen para unos tiempos y otras para otros, y que varían según la diversidad de los tiempos, lo cual no obsta para que tengan su perpetuidad mientras no se muden los estados de las cosas" (4).

Pero la ley, encarnando el Derecho, encarna, a nuestro juicio, una realidad cultural, y ésta no varía en sí por el transcurso del tiempo,

(1) Suárez: O. c., I, cap. X, pág. 191.

(2) Suárez: O. c., I, cap. XX, pág. 307.

(3) Suárez: O. c., I, 199.

(4) Suárez: O. c., I. 202.

sino por el cambio en el tiempo de lo real. "Nunca, dice también Suárez, nace propiamente la mudanza por sólo el decurso del tiempo, sino por algún otro cambio unido a él" (1).

Esta que pudiéramos llamar muerte puede ser percibida por el legislador, y éste reconocerla legalmente, bien por revocación simple o bien cuando "no sólo quita la ley, sino que prohíbe su observancia y puede llamarse prohibición de ley, por lo cual la primera ley comienza a ser no sólo muerta, sino mortífera, como de la vieja ley enseñan los teólogos" (2), o bien sin expresa revocación cuando los preceptos de la ley nueva son contrarios a la antigua y "es necesario que el uno excluya al otro, aunque no lo exprese directamente la ley, porque no pueden obligar a la vez leyes contrarias, como es de suyo claro", si la una "prohíbe aquello que era mandado por la primera" o es incompatible con ella.

Como la ley, "regularmente hablando, comprende todo tiempo" (3), Suárez se plantea el problema de "si el acto pasado puede ser materia de la ley humana", y dice, repitiendo la doctrina antigua (4), que "la ley se pone como regla de operación; mas la regla debe suponerse para la obra, pues es a su modo principio de acción, y, por tanto, se da principalmente para la acción futura", "para los actos futuros, porque los pasados ya no necesitan de regla, y ni siquiera son capaces de ella" (5).

Dado que la ley es regla de actos y no puede tener por materia actos pasados, ha de darse normalmente para el futuro "mas contra esto dices que los citados Derechos (civil y canónico) enseñan que puede la ley humana disponer de lo pasado, si lo quiere el legislador", y Suárez dice a este respecto que debe distinguirse la ley declarativa de la constitutiva del Derecho.

"La ley declarativa (de lo que debe o no hacerse, según otro más

(1) Suárez: O. c., I, cap. XX, núm. 1, 307.

(2) Suárez: O. c., I, cap. XX, núm. 5, 311.

(3) Suárez: O. c., III, cap. XIV, pág. 189.

(4) Platón, en el *Jeeteto*, hace decir a Sócrates: "Cuando damos leyes, las damos como debiendo ser útiles en una época ulterior", y en el *Protágoras*: "Quien trata de castigar con fruto no hiere a causa del pasado—pues lo hecho, hecho está—, sino en previsión para el porvenir." Igual irrevocabilidad del pasado recoge Cicerón en su defensa de Piso: "Quoniam præterita mutare non possumus."

(5) Suárez: O. c., III, cap. XIV, pág. 185.

antiguo Derecho) comprende no sólo lo futuro, sino también lo pasado"; pone, por ejemplo, cap. *Ut. lex* (27 q. 1) por la que el Papa Inocencio II manda que sean apartados los clérigos *in sacris* y los religiosos profesos que contraigan matrimonio, y no le parece injusto "que se extienda también a los matrimonios que precedieron a aquel decreto, porque antes del mismo tales matrimonios eran contra la ley eclesiástica", y admite eso "porque la ley declarativa no es regla de acción, sino que la supone y la interpreta, luego antes de la ley declarativa había una ley o Derecho que imponía obligación"; "luego la ley declarativa no tiene de suyo nuevo efecto, luego en cuanto depende de ella, lo mismo comprende lo pasado que lo futuro" (1).

Además de estas leyes declarativas o interpretativas, y sólo interpretativas y sólo en lo que sean interpretativas, pues parece prever los abusos que en el siglo XIX se darían, declarando tales para darles efectos retroactivos a las que no lo eran, por lo que dice que "aunque la segunda ley sea declarativa del primer Derecho, no obstante en cuanto a aquello que estatuye o añade de nuevo, no se extiende a lo pasado"; admite también la aplicación retroactiva de las leyes declarativas de un Derecho superior al civil y contra el que no vale alegar este último; así, si "se declara que algo es contra el Derecho natural, virtualmente se declara que los actos contrarios a tal Derecho siempre fueron malos" (2).

Si, por el contrario, se trata de leyes constitutivas, debe distinguirse el verdadero efecto retroactivo de la simple disposición nueva sobre materia anterior, en cuyo caso no puede, rectamente hablando, decirse que haya efecto sobre el pasado, "pues la ley que prohíbe el uso de tal libro o tal vestido prohíbe ciertamente sólo el uso futuro, pero lo prohíbe, aun acerca del libro o vestido hecho antes, si dispone absoluta e incondicionalmente, porque ello sólo es como remota materia de la ley, y la ley nueva puede muy bien versar en cosa antigua como materia remota" (3).

En el caso de verdadera colisión de las leyes nuevas innovadoras y el antiguo Derecho, aquéllas, "de suyo y por su naturaleza, no se ex-

(1) Suárez: O. c., III, cap. XIV, págs. 177 y sigs.

(2) Resuena aquí el acto nefario de Cicerón y que luego llamaría Baldo "insigne maleficium", que podía ser penado por ley posterior.

(3) Suárez: O. c., III, pág. 189.

tienden a lo pasado, sino que se dan solamente de lo futuro; mas en cuanto a algunos efectos, pueden extenderse por la voluntad del legislador, suficientemente expresada y declarada", porque, de faltar ésta, "las leyes han de interpretarse del modo más connatural; y es manifiesto que la extensión de la nueva ley al acto pasado es como fuera de la naturaleza de la ley, que es regla de las cosas futuras".

En este punto no hay progreso sobre el precepto del Código Teodosiano: el legislador, como luego sostendrá la doctrina francesa, está sobre la regla de no retroactividad. Suárez no podía ir contra el Papado, que había aceptado la doctrina imperial romana (1). Pero entonces, ¿todos los derechos penden de la voluntad del legislador y no tienen más garantía que la moralidad de éste, o habrá derechos adquiridos de un modo tal que sean adquiridos hasta para el legislador y que éste deba respetar? Suárez los reconoce y dice que "de aquellos actos que pueden ser anulados por los hombres es necesario advertir que unos se hacen de tal manera válidos, que son también *del todo firmes en sí*, porque a saber han sido hechos legítimamente, y estos *actos*, una vez hechos, no pueden, moralmente hablando, ser anulados por una ley subsiguiente, a no ser en pena de algún nuevo delito o por tan gran necesidad del bien común que para atender a él pueda ser uno privado de sus bienes, porque *por tal acto, hay derecho adquirido formal y estable de suyo*".

Lo que no fué expresado por los juristas romanos, y sólo parece una intuición del genio de Bártolo, es ya una idea clara en Suárez, que marca tal progreso que lo empareja con los tratadistas del pasado siglo. Aun frente al poder del legislador, y aparte de los derechos naturales que están sobre el mismo, en el campo del Derecho civil puede haber Derecho adquirido. A los dos méritos que antes reconocimos a este gran jurista, hay que añadir este otro del reconocimiento de la existencia de derechos adquiridos por actos y reconocimiento conceptualmente acabado con plena conciencia de su límite, porque tales derechos adquiridos han de ceder ante el derecho adquirido superior de la comunidad, de no ver su vida jurídica paralizada por un interés par-

(1) Gregorio IX: *Decretales* 2-13, X, de const. 1, 2. C. 13: "Cum leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad præterita facta trahi; nisi nominatim in eis de præteritis caveatur." De ello hicieron uso Bonifacio VIII e Inocencio III.

ricular; por ello han de ceder ante la gran necesidad del bien común o el gran procomunal de toda la tierra, que dirían las Partidas.

No dirían mucho más los de la escuela de los derechos adquiridos, aunque con otro espíritu, que lo intuído por Bártolo y dicho por Suárez, nuestro gran jurista en el siglo XVI.

ANTONIO MARÍN MONROY.

Notario.

Unificación del Derecho Nacional

LA SUPERFICIE EN EL CÓDIGO CIVIL

Dice el profesor Jerónimo González en su monografía "El Derecho real de superficie" que el Código Civil sólo concede a la superficie una mención, que casi es un epitafio, en el art. 1.611. Mas, sin duda, constituye también su partida de bautismo. Da por existente un Derecho de superficie, posiblemente redimible. ¿Cuál es ese Derecho de superficie? Esta es la pregunta. Desde luego, por el lugar que ocupa parece asignarle una naturaleza censual, de dominios divididos, con prestación de pensión—redimible ahora—, que no es enfiteusis, puesto que la da nombre propio: superficie.

He aquí una intuición certera: es y no es la enfiteusis; está en íntimos contactos y presenta grandes analogías con ella, pero es una variedad específica, puede deducirse. Y he aquí una imprecisión imperdonable: mencionar un Derecho, específicamente diferenciado con nombre propio, constitutivo por ello de una titularidad real, sin que exista verdaderamente tal titularidad. Sin que, por lo tanto, sepa el lector a cuál se refiere. Por su parte, la ley Hipotecaria, en su art. 107, en su párrafo 5.º, dice que es hipotecable el Derecho de superficie. Y si es hipotecable, será un Derecho real, enajenable, y por serlo ha de consistir en una titularidad concreta y señalada, en una masa jurídica integrada por el conjunto de derechos y obligaciones que ostente el titular, enajenable en bloque. Cuál sea ese contenido, cuál sea ese derecho, cuál sea esa titularidad, es lo que desconocemos. ¿Y cómo podremos hipotecar un pretendido Derecho de superficie si de antemano no sabemos cuál es la titularidad que para la ley merece tal nombre?

Y la ley, por otra parte, para decirnos qué entiende por Derecho de superficie, sólo tiene un camino: definirlo en sus páginas. No lo hace.

Los comentaristas hipotecarios no vacilan ante el problema insoluble porque no lo perciben, y así, Morell engloba en el artículo expresado todos los que pueden ser considerados como propiedad dividida: superficie, leñas, pastos, aguas, enfiteusis, foros y *rabassa morta*. Dice poco y dice demasiado.

El Código Civil, por otra parte, sitúa el problema en su punto de origen: lo accesorio sigue a lo principal; lo edificado en predio ajeno pertenece al dueño del mismo, dice el artículo 358.

Claro está que la contundente disposición cederá ante el convenio por el que el constructor y el dueño del terreno reconozcan y declaren un *derecho* sobre lo edificado.

De otro modo carecería de sentido el párrafo 1.º del art. 107, expresivo de que podrá hipotecarse el edificio construido en suelo ajeno por el constructor, entendiéndose sujeto a tal gravamen tan sólo el *derecho* que el que edificó tuviere sobre lo edificado.

Se trata, nada menos, por lo que vemos, de que la ley nos autoriza a crear un Derecho real de superficie para resolver jurídicamente el hecho anómalo de la edificación en suelo ajeno, como excepción al principio de accesión. Mas ¿en qué dirección, dentro de qué directrices fijaremos la superficie en el convenio para que merezca científicamente ser tenida por superficie?

Si no está definida, ni siquiera intuida por la ley, si la Historia apenas nos orienta, si todo es confusión aún, si carecemos de estudios doctrinales que nos iluminen, bien vemos que en el estado actual, en el momento presente, sólo podremos inclinarnos a concebir una superficie netamente enfiteutica, con raíces históricas, de naturaleza perpetua, de tipo latino, o, por el contrario, encuadrarla lo más lejos posible de la enfiteusis, análoga al arrendamiento, temporal, con pérdida última de la construcción por el constructor, de tipo germano.

La elección no puede ser dudosa. Desde todos los puntos de vista: científicos, jurídicos, prácticos y sociales, vence el tipo enfiteutiforme.

Ya los señores Olózaga, Ríos Rosas, Conde de San Luis, Bertrán de Lis y Alonso Martínez, que integraban la Comisión del Congreso, propusieron a las Cortes, y votaron éstas, que el Monarca, en relación al Real Sitio de San Ildefonso, vinculado a la Corona por Ley de 1865, pudiera ceder a *censo enfiteutico* y por un modesto canon los solares,

promoviendo y facilitando con esta medida, juzgada la más conveniente, "la construcción de hoteles y fondas junto a los magníficos jardines y fuentes monumentales".

Sin embargo, tal vez no sea este el criterio de los escasos tratadistas españoles que rozan el tema: Sánchez Román, confuso en este punto; Sancho Tello, certero en su "Redacción de Instrumentos públicos" al decir que el reconocimiento al edificante de un derecho perpetuo equivale a constituir un Derecho de superficie o una renta del terreno a censo, pero sin abordar su redacción; y sin tenerlo en cuenta, Viñas y Mey, al crearlo en su Memoria para la concesión de terrenos del egido del Ayuntamiento de Llerena, expuesto en REVISTA CRÍTICA de junio de 1929.

Mas no tiene importancia. Todo ello queda desbordado ahora. No se trata de forjar un convenio, sino de algo más: de crear el Derecho de superficie nuevo en una ley. Ley española que ha de crear un tipo de superficie, basado en el genio hispano, que ofrecer al examen universal.

Y ya tenemos nuevamente el mismo cuerpo sobre la mesa del laboratorio: el "establiment" o enfiteusis.

De su regulación actual, el legislador moderno habrá de separar con el escalpelo cuanto acuse corrupción o enmohecimiento, infiltrar sangre remozada en sus arterias, acordar su corazón al ritmo presente; en una palabra, superar. Más habrá de proceder con todo respeto, con gran cariño, con suave tacto, conservando las robustas raíces que nutrieron la institución durante siglos con las esencias jurídicas del pueblo, creándola a su imagen y semejanza, finamente ponderada, sabiamente práctica, sagazmente estimuladora, jurídicamente perfecta.

En este camino, quisiéramos hallar una disculpa a nuestro atrevimiento al emprender este trabajo de ayuda.

DERECHO REAL DE SUPERFICIE

1) *Idea general.*—En la realidad del establecimiento actual, un sujeto adquiere el derecho, que a la vez es obligación, de edificar en terreno ajeno sin comprarlo, mediante obligarse al pago de un canon anual que equivale al interés del valor del terreno que no paga; y el dueño de este terreno, que cobra ese canon, logra que sin pérdida alguna para él se edifique en el terreno cedido, con lo cual multiplica el valor de los restantes terrenos que, colindantes con aquél, se ha reservado

en su propiedad para operar sobre ellos vendiéndolos libremente o dándolos en nuevos “establecimientos”, o edificando por su cuenta.

Cada vez que se venda la finca por el superficiario, el estableciente o primitivo dueño del terreno cobra una pequeña parte del precio, permaneciendo el canon inalterable para el comprador. Y así, perpetuamente. Como vemos, todo es ventajoso para ambos contratantes.

2) *Elementos*.—Son: A, un solar o terreno edificable, y B, un edificio a construir en él.

Examinémoslos. A: Ha de ser un solar o terreno propio de edificación urbana, quedando excluída así toda figura de censo o enfiteusis rústica, que se centra en tierras de esta naturaleza y cuya mejora consiste en plantaciones, roturaciones, etc., y que, aun consistiendo en edificaciones, éstas son de tal naturaleza que no desvirtúan la finalidad y naturaleza rústica de la finca, sino que facilitan la explotación. Para que en una finca rústica se cree la superficie se precisará una parcelación que asigne a cada parcela una edificación a construir sobre aquélla, formando una vivienda urbana en su totalidad. Ahora bien: no significa esto que todo el terreno o solar haya de ser edificado. Se concibe que parte del mismo sea destinado a patio, huerto o jardín, etc. Basta que el terreno y el edificio, que lo ocupe total o parcialmente, constituyan una sola entidad inmobiliaria o finca.

B: Un edificio a construir, luego construído, ocupando la totalidad o parte del terreno. Se precisan de tal manera los dos momentos, que integran, tanto uno como otro, la modalidad superficie. Antes de edificar existe la obligación de hacerlo, y el Derecho de superficie abarca y regula tal momento y situación, como después, hecha la edificación, sigue regulando y abarcando esta situación. Debe ser, por lo tanto, el Derecho de superficie, una figura jurídica que existe, abarca y regula todas las posiciones, desde su iniciación y nacimiento (antes de edificar), hasta su cumplimiento (edificación) y su extinción. Apuntamos que el Derecho catalán no es preciso en estos puntos, como veremos.

3) *Mecanismo de acción*.—Su mecanismo principal está constituido por: A. Entrada; B. Pensión o canon; C. Laudemio, y D. Edificación.

A. *Entrada*.—Es una cantidad que el dueño del terreno estableciente percibe del superficiario, de una vez, al constituirse la superficie o establecimiento. No es esencial.

B. *Canon o pensión*.—Es una cantidad en metálico a satisfacer anualmente por el superficiario (1).

Es esencial a la institución (2), como que es la contraprestación principal que mueve al cedente del terreno (3).

Señalamos que debe ser en metálico, porque nos concretamos al tipo ideal de superficie. En el Derecho catalán se permite la pensión en especie (propio de la enfiteusis rústica que ahora rechazamos); como se cita como corriente en la antigüedad la pensión consistente en un par de pollos, un vaso de agua, etc. (propias de un reconocimiento de señorío, hoy desechable) (4).

El desenvolvimiento claro y sencillo de la relación de la entrada y la pensión es el siguiente: el dueño del terreno lo cede en superficie o enfiteusis; el terreno, en tal momento, tiene un valor, que sería el precio de la venta si en lugar de "establecerlo" lo vendiera; a ese valor ideal, que no recibe, señala un a modo de renta perpetua, o sea la pensión que ha de percibir; pero puede también recibir una parte de ese valor, de una vez, al constituir la superficie y convertir el resto en pensión en la forma anterior. A esa cantidad recibida se llama entrada. Bien se ve que a mayor entrada menor pensión, y que la suma de una y otra equivale al valor de presente del terreno. Fácil es, por deslizamiento de ideas, tener aquel valor por precio de una venta del terreno (no realizada en realidad, pues para que fuera venta habría que transmitirse el dominio, lo que no ocurre); y en el caso de que haya entrada, es casi inevitable tener dicha entrada por parte del precio de una venta del terreno (5), cuando, en todo caso, sería una parte del valor (no del precio) de un terreno no vendido, sino dado en estable-

(1) Vives: Nota 4 al tit. 30, libro IV, vol I de las *Const. de Cataluña*. Borrell: página 324, t. II. Brocá: pág. 194. Fontanella: *De pactus nup.*, cláus. IV, 18; part. 1, número 201.

(2) Por el Cód. ley 2, "De iure emphy". Lo mismo Fontanella: "De patis nup.", cláusula IV, glos. 18, part. 1, núm. 201.

(3) En el Derecho feudal, la pensión habrá podido significar reconocimiento de dominio; pero en el Derecho romano era una contraprestación. Así opina Catá de la Torre, tomo 21 de *Revista Jurídica de Cataluña*. Y añadiremos nosotros que también significaba lo mismo en el Derecho feudal, siquiera tomara aquello apariencia señorial.

(4) La ley 21, Cód. "De locato", IV, 65, permite que sea en frutos, dinero o cualquier otra cosa, y la pensión reverencial es citada por Fontanella, o. c., núm. 201.

(5) La tienen por precio de enajenación Brocá y Amell, pág. 194. Borrell, página 323. Vives, II, 47.

cimiento o superficie, que es cosa diferente. Señalamos esta sutilísima distinción, porque tiene consecuencias importantes y no ha sido claramente percibida por los tratadistas catalanes. Estas consecuencias son: a) Respecto a la capacidad para constituir la superficie: si la entrada es parte del precio de una supuesta venta, se necesitaría para ello tener capacidad para vender, con lo que no podrán dar los terrenos en superficie las manos muertas y cuantas no tengan la libre disposición de sus bienes (1); b) Respecto a la reducción del laudemio, en razón de la cuantía de la entrada percibida, según luego veremos; y c) En cuanto pueda servir de base para un cálculo en la redención de la superficie y en la expropiación de la finca, según examinaremos.

Consideramos conveniente ceñir las ideas en las siguientes conclusiones: 1.^a La suma de la cantidad percibida como "entrada" y de la capitulación de la pensión ha de ser igual al valor del terreno al crearse la superficie, así como esta capitulación, por sí sola, equivaldrá a dicho valor en caso de que no haya "entrada". Tiene una importancia extraordinaria. Si se quiere que obre la superficie con la precisión de un mecanismo de relojería, será preciso sujetarse a lo dicho. Se comprueba ello al tratarse de la cuantía del laudemio y su computación, de la redención y de la expropiación, que exigen la expresada sujeción para lograr la perfecta conjugación de los conceptos jurídicos y económicos, que es la característica de la "superficie". Por otra parte, será fácil cumplirla, bastando capitalizar la pensión al tipo variable, mayor o menor, según sea ésta menor o mayor, que conduzca a aquel resultado. Los tratadistas catalanes no examinan la cuestión, sin duda, porque normalmente se cumple. Nosotros la valoramos tan alto, que exigiríamos la determinación expresa de todo ello en la escritura de constitución de la superficie. 2.^a Todo ello no significa que exista venta alguna del terreno, ni aun en el caso de que haya entrada. 3.^a En todo caso, el valor del terreno no es igual que el valor de la titularidad que al estabiliente corresponde después de la constitución de la superficie, porque precisamente la operación realizada ha sido cambiar o transformar su dominio

(1) La influencia de tal concepción en la capacidad para constituir la superficie puede verse en Borrell, págs. 313 y 323, que hace historia de sus vicisitudes conceptuales, y su proceso jurisprudencial, en sus notas. Serafini, pág. 449. Brocá y Amell, que refutando a Vives, estima que no es suficiente que no haya entrada para que pueda constituirse por quien no tenga la libre disposición de sus bienes, ya que, como derecho real, en ningún caso podrá constituirse.

del terreno por la titularidad nueva, y ello con todas sus consecuencias jurídicas y económicas.

C. *Laudemio*.—Es una parte proporcional del precio de las enajenaciones que realice el superficiario, que corresponderá al estabiliente. Lo consideramos esencial a la figura de superficie. Su espíritu es el siguiente: aquel estabiliente o dueño del terreno que lo dió para edificar y lo transmitió en cierto modo al superficiario, perdiendo ciertamente su antiguo dominio, sin que por ello percibiera en el acto su precio, es justo que se lucre de todo el aumento de valor que el terreno experimente a través del tiempo, pues en realidad puede estimarse que conserva un como a modo de dominio del mismo, ya que no recibió el precio y la pensión sólo equivale a los réditos del mismo precio o valor al constituirse. No se aumenta la renta o pensión al compás del mayor valor del terreno, pero es racional que, en compensación, al ser vendida la finca, el superficiario no se lucre con este mayor valor. Por otra parte, el superficiario paga en la pensión un a modo de rédito del valor primitivo del solar que adquirió y será justo que al ser vendida la finca total se abone al estabiliente la diferencia del mayor valor del terreno. Mas no es menos cierto que a este mayor valor habrá contribuido en gran parte la edificación misma.

El *laudemio*, recogiendo este espíritu, estos anhelos y las expresadas finalidades económicas y moviéndose en un medio justo y racional, con un perfecto sentido práctico, sustituye todos los cálculos y valoraciones con una regla que gana en sencillez y claridad cuanto pierde de rigor matemático; a saber: una parte proporcional del precio de enajenación. Se conjuga perfectamente con aquella operación primera, en que hay una a modo de pérdida del dominio del terreno por el estabiliente, sin venta, y una a modo de su adquisición por el superficiario, sin compra; y con aquella operación segunda, en que el superficiario vende la finca total a un posterior comprador, que paga el aumento de valor, aumento de valor que pudiéramos llamar entidad sin dueño, puesto que ni el estabiliente ni el superficiario se desprendieron ni lo adquirieron, respectivamente, pues que ni aquél lo percibió ni éste lo pagó, ya que, por otra parte, tampoco existe hasta que el transcurso del tiempo lo pone en relieve en la venta posterior. Y he aquí cómo aquel enigmático dominio del terreno sobre el que se operó sin venderlo se convirtió en esto: *laudemio*.

Laudemio, combinación jurídicoeconómica, por la que se proyecta la voluntad de los contratantes sobre la plusvalía del terreno a través

del tiempo; medio habilísimo e ingenioso, que permite al estabiliente no estancar su utilidad en el valor del terreno al constituirse la superficie y le hace ganar la mayor valoración del mismo en toda la sucesión de tiempos; y al superficiario operar sobre esa aspiración del estabiliente y, consecuentemente, sobre valores futuros también, convirtiéndolos de presente en beneficios a su favor.

D. *Edificación.*—La primera obligación del superficiario consiste en edificar. El cuerpo institucional de la superficie se basa en un edificio en suelo ajeno, cuyo interés económico y conveniencia social quedaron expuestos. De aquí la necesidad de pactarse la obligación de edificar. De aquí, la conveniencia de señalar un plazo para edificar y de determinar un cantidad mínima del importe de la edificación, sin perjuicio de que en ocasiones convenga especificar las características de la construcción. Nos detendremos brevemente en este punto.

La Ordenanza alemana autoriza para que, por convenio, entren a formar parte del contenido jurídico de la superficie, en cada caso concreto, los pactos más o menos razonables que se estipulen, y, dada esta generalización, podrán alcanzar a la determinación del tamaño, pisos, etcétera, del edificio, como, excediendo de esta faceta material, versar sobre la condición misma de los futuros arrendatarios, prohibiendo el acceso a las clases menesterosas, o señalando la renta máxima o mínima a cobrar a los mismos, etc., etc.

Ciertamente, la misma Ordenanza trata de evitar el abismo jurídico a que se aboca, prohibiendo que la superficie se sujete a condición resolutoria, único medio de que tuvieran tinte real efectivo aquellos pactos que, incumplidos, extinguirían la superficie por resolución. No por este camino tortuoso, sino directamente, estimamos nosotros que deben prohibirse tales pactos. De lo contrario, quedaría desnaturalizada la figura real. Jurídicamente, todo tipo real es refractario a las limitaciones y prohibiciones de tipo personal. La misma repugnancia que nos obligaría a rechazar, tratándose de la venta de una finca, las condiciones y limitaciones expresadas por no concebir un dominio revocable condicionado con carácter real a tales limitaciones, nos obliga ahora a rechazarlas tratándose de la superficie.

Habrà de tenerse en cuenta que un criterio rígido relativo a la construcción o edificación, que prohíba pactar en absoluto sobre sus condiciones materiales, puede contrariar los propósitos de los constituyentes

de la superficie, así como que la libertad de pactos en estos extremos puede resultar antieconómica y antinatural si se impone una construcción determinada, que equivaldría a perpetuar el momento de la constitución, estancando el progreso y anulando toda iniciativa posterior y una más conveniente utilización del suelo en las más adecuadas edificaciones que llegue a imponer el transcurso del tiempo. El Derecho catalán nada dice, pero se pacta, con criterio admirable, un plazo para edificar y un valor mínimo a emplear en la construcción, dentro de las normas de las Ordenanzas correspondientes. No obstante, en ocasiones se determinan las características de las construcciones, uniendo el plano a la escritura, en especial cuando se persigue la formación de ciudades jardín, o de colonias veraniegas, o grupos de casas baratas, etc.

4) *Características jurídicas.* — Son: A) Dominio como base; B) Perpetuidad; C) Redimibilidad.

A) *Dominio básico.*—En puros principios jurídicos, la unión del terreno y de la construcción constituye una sola y total finca. Al iniciarse la superficie sólo hay una finca: el terreno o solar. Y un solo dominio: el del titular del terreno. Este primitivo dominio se transforma en la finca nueva, que ha de resultar un dominio único, escindido en dos titularidades; a saber: la de un titular estabiliente (o primitivo dueño del solar) y la de un titular superficiario. Luego veremos cuál de ellos tendrá consideración de dueño y cuál de titular de la titularidad limitativa del dominio de la finca total formada. En torno de esas dos titularidades en que se escinde la primitiva, la ley creará un conjunto de derechos y obligaciones, deberes, facultades y responsabilidades que corresponderán a cada uno de los titulares. Deberá prever y solucionar todas las actividades y posiciones de la finca y de los titulares, y sólo así quedará delimitada, definida y formada la nueva titularidad o derecho real de superficie. Estudiaremos esta materia al tratar del “contenido institucional de la superficie”.

Ahora nos interesa consignar que para que pueda forjarse ese contenido adecuadamente a las finalidades perseguidas por la superficie, dentro de un marco científico, es absolutamente necesario que el terreno originario reúna las siguientes condiciones: 1.^a Que sea un dominio. Es decir, que esté en el dominio del constituyente de la superficie. Que el estabiliente sea dueño. No un arrendatario, o usufructuario, o censatario. La superficie no puede basarse en un arrendamiento, usufructo o

censo, porque concede al superficiario facultades superiores a las de aquellas entidades. No puede asombrarnos, de la misma manera que admitimos como axiomático que el arrendatario no puede dar la finca a censo o que el usufructuario no puede venderla. 2.^a El dominio ha de ser libre; no sujeto a cargas y limitaciones, hipoteca, usufructo, censo, etcétera. Lo exige así la superficie a crear, como luego veremos. 3.^a El dominio ha de ser puro y no condicional. Por lo tanto, se precisa un solo titular dominical o varios proindiviso del terreno o solar a “establecer”. Y la violación de los principios anteriores conduce al caos, como veremos al tratar del subestablecimiento catalán o subsuperficie o subenfiteusis (1).

El desenvolvimiento de estas ideas en Cataluña es erróneo, debido a la confusión de feudo y señorío y regulación de la propiedad, que se involucran en su evolución natural. De aquí la necesidad de su reforma.

B) *Perpetuidad*.—La perpetuidad o duración ilimitada de la superficie es consecuencia de la conjunción o perpetuidad del terreno con la perpetuidad física de la construcción, determinada por la permanencia y la solidez de los materiales; de tal modo, que estando en la naturaleza de las cosas ha de encarnar en la naturaleza de la figura jurídica que la plasma. Carecerá de esta perfecta correlación el tipo superficiario temporal que provocará el contraste de una construcción permanente de vida física mayor que la titularidad jurídica que la sustenta. En realidad, se sustentaría en un modo de arrendamiento del solar—temporal—, soportando una cosa material, o construcción—permanente—. Todo nos hace pensar que este resultado es fruto de la impotencia. Y si se busca la solución en sincronizar con el arrendamiento, temporal, la superficie, también declarada temporal, su resultado será la solución antieconómica de poder demoler la construcción, o la de quedar obligado el dueño del solar a indemnizar al superficiario al extinguirse la superficie (que no pudo ser el móvil ni estar en la intención de los con-

(1) En Cataluña, criterio antiguo, podía “establecer” el fiduciario, por entenderse una forma normal de explotación; pero el Tribunal Supremo, en sentencias de 26 de febrero de 1887 y 30 de octubre de 1888, no por las razones de orden científico expuestas, sino por considerarlo acto de enajenación, lo prohíbe al fiduciario si no lo autoriza el causante. Véase Borrell, pág. 313.

En Tortosa se llega al error máximo, y puede crear la enfiteusis el usufructuario y el que tiene la cosa a violario. *Const. de Tortosa*, l. 4, rub. 26, part. 26.

CONTENIDO INSTITUCIONAL DE LA SUPERFICIE

Sobre aquel esquemático y primer contenido que ha quedado esbozado en líneas anteriores se va formando el cuerpo institucional de la superficie en las reglas definidoras de los derechos, obligaciones, acciones, facultades, deberes y responsabilidades de los dos titulares de la superficie.

1. Los derechos y obligaciones del superficiario son:

A) *Antes de edificar.*—El derecho de poseer el terreno, y una vez cumplida su obligación de edificar, regirse por las reglas que veremos. Y la obligación de edificar con arreglo a las condiciones estipuladas.

¿Cuál es el efecto de no edificar en el plazo y forma convenidos? El Derecho catalán no lo señala entre los casos de comiso. Tampoco lo vemos resuelto por los tratadistas. Tal vez de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1899 pudiera deducirse su caducidad; y admitido este criterio, llevaría consigo la pérdida, por el superficiario, de la entrada y de las pensiones pagadas. ¿Se admitirá el derecho de discusión en este período? Tampoco hay criterio fijo; se suele pactar en sentido negativo. Nuestra opinión sería, en este caso como en el anterior, conceder al establente un derecho a indemnización, que convendría pactar previamente en la escritura de constitución. Si durante el mismo período fuera expropiado el terreno, creemos deberá abonarse al establente el valor del mismo—entrada, más capitalización de la pensión, como sabemos—, deduciendo previamente el importe de la entrada, que ya recibió. El resto, si lo hay, será para el superficiario. No vemos tratada la cuestión en el Derecho catalán ni estudiada por los comentaristas.

B) *Después de la edificación. Posesión.*—El superficiario tiene la posesión de la finca total, en una posición equiparable al dominio, con derecho amplísimo, sin otras limitaciones que las que resulten de la regulación de la superficie a favor del establente. Por lo tanto, le corresponde su uso y disfrute (1). Se dice de este uso y disfrute que lo tiene a

(1) Brocá y Amell, pág. 191, cita: ley 25, párr. I. "Dig. De usuris". XXII, en relación al derecho de disfrute: el párr. 3, "Jus. De locat". III, 25, nov. 7, cap. 3, párrafo 2. Nov. 120, cap. 8, para el derecho de arriendo y demás contratos de utilidad; la Ordenación 31 de Santa Cilia, para plantaciones.

modo de un propietario o de un usufructuario. Lo cierto es que lo tiene como tal superficiario y que es una de las facultades del contenido de la superficie que, en unión de las demás, forman esta titularidad, del mismo modo que la misma posesión y facultad sumadas a otras en el arrendamiento, usufructo o dominio forman las titularidades, arrendamiento, usufructo o dominio. Alcanza, pues, la posesión a la percepción de los frutos y a la realización de los actos de administración.

Se discute si alcanza a las accesiones de la finca (1), lo que para nosotros no ofrece duda, pues el término "accesión" se refiere a la finca y por ende al superficiario que la somete a su imperio.

En cuanto al tesoro oculto, creemos rechazable la distinción de su hallazgo en el terreno o en el edificio, para determinar a quién corresponde. En todo caso, a nuestro juicio, deberá ser del superficiario, dada su concepción de dueño y la formación de finca única de que hemos partido (2).

Acciones.—En defensa de sus derechos, el superficiario dispone en el Derecho catalán de las acciones siguientes: reivindicatoria útil, publiciana útil, interdictos y evicción (3).

Obligaciones.—1.^a Satisfacer todos los gastos correspondientes a la finca, así como sus reparaciones y responsabilidades de todas clases.

2. *Contribuciones.*—En principio, todas las contribuciones sobre la finca debieran ser satisfechas por el superficiario, y tal es el criterio romano; pero la jurisprudencia, que aplica como supletorio el artículo 1.622 del Código Civil, opta por lo contrario, y, en consecuencia, se puede solicitar rebaja de la pensión por razón de contribución territorial pagada por el enfiteuta, siendo imprescriptible este derecho, según la sentencia de 12 de enero de 1897 (4). Pero ello, que tal vez sea justo tratándose de la enfiteusis, no resulta apropiado a la superficie, por lo

(1) Brocá y Amell lo afirman, pág. 191, deduciéndolo de las leyes 10, 32 y 65. "De jure dot.", XXIII, 3.

(2) Brocá y Amell lo niegan, deduciéndolo de la ley 7, p. 12, "Dig. solut. matri.", XXIV, 3, pág. 191.

(3) Borrell, pág. 319. Brocá y Amell expresan sus fuentes, pág. 191.

(4) Ley 2, Cód. "De jure ephiteu.", IV, 66. Ley 2, Cód. "De annon.", X, 16. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1864 impone el pago al enfiteuta; lo mismo la ley de Presupuestos de 23 de mayo de 1845, si bien le concede derecho para descontar de la pensión el tanto por ciento de contribución que corresponda al estabiliente.

cual se acostumbra a pactar lo contrario, admitiéndose su validez por la jurisprudencia.

3.^a *Seguro de incendios*.—Nada hallamos en el Derecho catalán acerca del seguro, de moderna aparición y, por otra parte, no apropiado a la enfiteusis rústica. Es objeto de preocupación para la Ordenanza alemana, y la más elemental previsión aconseja que sea obligatorio para el superficiario, y a su cargo, en defensa de los intereses del estabiliente. Ocurrido el siniestro, intervendrá en el destino de la indemnización en unión del superficiario, bien sea invirtiéndola en la reconstrucción o bien distribuyéndola entre ambos, estimando en este caso aplicables las normas que examinaremos al tratar de la expropiación.

4.^a *Pago de la pensión*.—La pensión es, en definitiva, la contraprestación que gana el estabiliente. Cualquiera que haya sido su carácter en la Historia, no significa actualmente ni un reconocimiento de dominio, ni una muestra de acatamiento, ni una prestación de tipo señorial. De aquí que la pensión haya de pactarse en dinero, sin consistir en una parte proporcional de los rendimientos de la finca.

Su cuantía será señalada por los contratantes. Pero creemos que para el juego jurídico y económico perfecto es absolutamente preciso que, capitalizada, equivalga al valor del terreno (si no hay entrada, y sumada ésta en otro caso). Bastará para ello variar el tipo de capitalización, y claro está que podrá éste, en su caso, ser impugnado por usurario.

Los tratadistas catalanes no perciben la idea expuesta; para unos, el canon no es una renta, sino menos que ella (1); para otros, sumados los de veinte años, deben producir el valor de la cosa; equivale, para otros, a cinco sextas partes de la renta, y es curioso el punto de vista de Fontanella respecto de la módicidad de la pensión (2).

Acción para el cobro de la pensión.—Vamos a examinarla en términos vulgares, prescindiendo de la confusión de técnicos y comentaristas que saben discurrir por caminos tortuosos sin vacilación. Preguntaremos: ¿cómo asegurará el estabiliente la efectividad del cobro de la pensión? A falta de ley que lo asegure, sólo tendrá un camino: pactar

(1) Para Durán y Bas, Almela, Caucer, etc., basta que exprese la subsistencia del dominio en el estabiliente.

(2) Puede verse en estos puntos: Fontanella, o. c., cláus. IV, glos. 18, part. 1, números 47, 139, 167 y siguientes. Caucer, "Var. Res. pars.", 1, cap. 15, números 58 a 63, y párr. 3, cap. 1, núm. 189, que cita Pelló y Forgas.

que por falta de pago procede el comiso. Medida heroica e injusta, que sólo la carencia de otra garantía más justa puede justificar y que, por lo tanto, será rechazada tan pronto como la ley provea a este extremo.

¿Cómo la ley garantizará el pago de la pensión? Imponiendo que la finca misma quede afecta a dicho pago (acción real) (1). Mas ¿qué significa jurídicamente esta expresión? Veámoslo.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI.

Notario.

(1) Para Borrell, la obligación de pagar las pensiones es de naturaleza real, y el poseedor de la finca responde de las vencidas en tiempo de un poseedor o enfiteuta anterior, no prescritas, aunque haya comprado la finca como libre, y salvo siempre la ley Hipotecaria. Esta es la doctrina clásica de la acción real, en la que, como vemos, no se expresa netamente por qué es de naturaleza real, ni sus efectos reales se muestran concretamente.

Cargas inmobiliarias ⁽¹⁾

C) *La carga ante el Derecho Procesal.*—La carga es un negocio fiduciario sobre inmuebles, y como su finalidad es establecer una preferencia sobre una finca o derecho para el cobro de un crédito, su estudio ya afecta al derecho sustantivo, en cuanto regula estas preferencias (Derecho civil), o las estatuye formalmente para establecer un orden o rango (Derecho Inmobiliario propiamente dicho), ya al Derecho procesal, en cuanto el acreedor ejercita su acción sobre la cosa. Y así como en el orden sustantivo civil o hipotecario, es posible, como hemos visto, extender el concepto de carga comprendiendo situaciones que para nosotros son limitaciones de la propiedad, en un estricto sentido procesal, la carga queda reducida al concepto formulado.

No quiere, sin embargo, decirse que la carga inmobiliaria puede concebirse exclusivamente en el Derecho procesal. Antes bien, los supuestos del derecho crediticio recíbelos el Procedimiento del derecho sustantivo, si bien aquél origina situaciones que se reflejan en el derecho sustantivo inmobiliario, como por ejemplo la prohibición de enajenar, el embargo de los inmuebles del litigante rebelde, la anotación de demandas, y, en general, los embargos.

Y ya se comprende que entre tanto el Registro de la Propiedad no plasmó formalmente por medio de asientos en los libros inmobiliarios el derecho del acreedor, definido en el Derecho civil, sólo en el orden procesal cabía determinar la preferencia entre los acreedores, mediante la llamada prelación de créditos, y los procedimientos de terceraía; pero creado el Registro, las leyes hipotecarias, además de regular las transmisiones inmobiliarias, establecieron un orden de preferencias, en el llamado derecho de rango, paralelo, en general, al orden cronológico de la formalización de los asientos (tracto sucesivo, asientos de

(1) Véase la primera parte de este trabajo en REVISTA CRÍTICA. núm. 143, abril 1940.

presentación), desenvolviendo el principio de derecho "*prior tempore, potior jure*", con carácter absoluto unas veces, con carácter relativo otras, surgió el concepto de la carga como materia fiduciaria.

Así, en el mecanismo de la ejecución del derecho crediticio, el Registro de la Propiedad suministró al Poder judicial el orden de las preferencias crediticias sobre las cosas afectas a cargas, y gracias a ello, sin necesidad del complejo debate judicial, se establecieron los procedimientos de tipo real (art. 131 L. H.), que garantizan el derecho real.

Cuándo surgió esta concepción en cada sistema legislativo no es fácil precisarlo; pero lo que sí puede decirse es que sólo se consiguió dar carta de naturaleza a esos procedimientos de tipo real, después de instaurar la vida hipotecaria, hasta el punto de que muchos derechos amparados por el Registro, por no haberse formado aún una conciencia jurídica suficientemente definida, no gozan de esos desenvolvimientos procesales rápidos derivados del Registro. Pongo por caso, por ejemplo, el art. 24 de la Ley Hipotecaria; el mismo art. 41 en los casos en que, aun obtenida la posesión judicial por el titular inscrito, no abandona la finca el poseedor real, y otros preceptos, como el art. 389 de la Ley Hipotecaria, no se cumplen en muchos casos por la deficiente formación jurídica.

Así, la Ley Hipotecaria se introduce en el sistema legislativo como rueda catalina del procedimiento sobre inmuebles, evitando la incertidumbre del resultado de cualquier juicio sobre preferencia de derechos por medio de las *certificaciones de cargas del Registro y la liquidación de cargas*, concepto procesal hoy absorbido por el orden hipotecario.

Históricamente se justifica esta evolución. Ni el registro de los censos impuesto en los años 1539 y 1558 (Ley I, títulos XVI, Libro X de la Nov. Recop.), ni los de compras, ventas y otros derechos semejantes, "a fin de embarazar la multitud de pleitos, fraudes e inconvenientes que se experimentaban" (Ley II de dichos título y Libro), ni siquiera el mismo Oficio de Hipotecas creado por la Ley de 31 de enero de 1768 (Ley III, título XVI. Libro X. Nov. Recop.), sirvieron más que para que el Juzgado declarase la preferencia entre los derechos concurrentes, porque ese sistema de Registro no trascendió al orden procesal y carecían los asientos de *sustantividad* (ya que la falta de toma de razón se sancionaba con la carencia de efectos, pues "no

hacían fe los instrumentos en juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas ni para que se entendieran gravadas las fincas contenidas en el instrumento cuyo registro se haya omitido”).

Por eso la Ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855, al ordenar el procedimiento de apremio de espaldas al Registro entonces vigente, se limitaba a disponer en su artículo 991 que con el precio del remate de la finca se pagaba al actor y la cantidad sobrante quedaba a disposición del deudor si no se hallaba retenida a instancia de otro acreedor, y es que dicha Ley incluía como trámites fundamentales del procedimiento de apremio, la tasación de la finca—sin deducción de cargas—, la subasta o remate, la entrega de los títulos al comprador, y el otorgamiento de la escritura, previa la consignación del precio. No jugaban en este procedimiento los demás acreedores, que tenían su defensa en las tercerías reguladas en los artículos 995 al 1.000, ni el derecho de los recurrentes era prefijado por funcionario diferente del ejecutor. A lo más, las leyes sobre el Oficio de Hipotecas, constituían el derecho que el Juez debía aplicar.

Otra significación tuvieron la Ley Hipotecaria de 1861, y las reformas posteriores, que, a la vez que introdujeron en nuestro sistema legislativo la regulación de la prioridad, con efectos absolutos en cuanto a la hipoteca y aun con respecto a terceros las inscripciones de títulos onerosos (arts. 17 y 34), establecieron procedimientos hipotecarios que la vigente Ley de Enjuiciamiento civil respetó (art. 2.182), y al haberse concedido efectos sustantivos a la inscripción (arts. 17, 20, 24, 34, 41 y 389 L. H.), la Ley procesal aceptó como base del procedimiento sobre inmuebles el contenido del Registro, por lo que tomó como puntos cardinales del mismo, de un lado, “la certificación de cargas” (art. 1.489), y de otro, atendiendo a la tradición jurídica, la conversión en dinero del valor total de la finca y aunque no respete la declaración del Registro en cuanto a las hipotecas anteriores al crédito que motiva el procedimiento, sin necesidad de tercerías, satisface los créditos preferentes, los convierte en dinero (arts. 1.516 a 1.518 E. C. ¡Avance gigantesco en un sistema legislativo que presuponía para la defensa y efectividad de los créditos, la continua intervención judicial! ¡El juicio de tercería sustituido por la declaración formal del Registro!

Pero no era suficiente ese avance legislativo, que por otra parte representaba un extraordinario progreso, en tiempos en que otros paí-

ses que nos servían de modelo legislativo no habían llegado a tanto, porque aparte de que el primer acreedor hipotecario que gozaba de la protección del Registro, no debía sufrir menoscabo en su derecho por el acto de otro acreedor posterior, el comercio inmobiliario sufría porque el comprador o rematante tenía que satisfacer todo el valor de la finca, limitando el número de postores, sobre todo en las subastas de inmuebles de gran valor. De ahí que en la reforma del año 1909 de la Ley Hipotecaria, se dispusiera que las cargas anteriores y preferentes al crédito del ejecutante continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante las acepta y queda subrogado en la responsabilidad de las mismas sin destinarse a su extinción el precio del remate, y que esta disposición es aplicable no sólo a los casos en que el crédito perseguido sea hipotecario, sino también a aquellos otros en que se ejercite cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles (art. 131 L. H., Regla VIII y párrafo último).

Por eso, desde la reforma de la Ley de 1909, la diligencia de liquidación de cargas, regulada en el artículo 1.511 de la Ley procesal civil, tiene otro significado y alcance, tanto porque los gravámenes anteriores a la carga perseguida pasan con el inmueble al comprador rematante y, naturalmente, hay que descontarlos de la tasación del inmueble, *sean o no cargas perpetuas*, y si son posteriores, se extinguen y se pagan con la parte de precio que queda después de haber satisfecho el crédito reclamado.

CH) *Cargas preferentes y anteriores*.—Parece cosa sencilla su determinación y, sin embargo, no lo es, porque si bien las *anteriores*, cuando se trata de un inmueble inscrito y de cargas que también lo estén, se determinan por la *certificación de cargas*, no siempre el orden cronológico, incluso en el Registro, determina la *preferencia* de los gravámenes. Y es que los principios fundamentales del sistema hipotecario, se refieren a los inmuebles y a los derechos reales y, aun mejor, a los actos traslativos, que a los declarativos (artículos 17, 23 y 25 L. H. en relación con los 2.º y 5.º y con el 1.880 del Código civil).

Pero ya cuando se trata de otras cargas, como las anotaciones preventivas de embargos, el orden de las *preferencias* arranca del Derecho civil, y entonces los principios del sistema hipotecario ceden a las declaraciones del Derecho sustantivo (art. 1.923, núm. 4.º, y 1.927 del Código civil).

Es decir, que respecto a créditos anotados, sigue prevaleciendo aún el criterio antiguo de las tercerías de mejor derecho, que también se aplica cuando los créditos concurrentes no provocaron asientos en el Registro de la Propiedad.

De ahí, y porque la liquidación de cargas es operación compleja, la Dirección de los Registros, en varias resoluciones denegó la inscripción de ventas judiciales hechas por los Juzgados municipales en procedimientos sobre inmuebles afectos a cargas, y lo mismo cuando el inmueble vendido lo fué en más de mil pesetas, máxima cuantía en que entienden dichos Juzgados (1).

Y este trámite de liquidación ofrece aún mayores dificultades cuando concurren "cargas" en su más amplio sentido, por ejemplo, anotaciones de demanda, acciones rescisorias, gravámenes perpetuos, como censos con capital indeterminado (división de fincas acensuadas, afectas al foro—con acción solidaria—fincas hipotecadas divididas en parcelas, etc.), limitaciones dominicales, menciones, condiciones, terceros poseedores, etc. Y no se diga si al lado de las cargas anotadas e inscritas concurren otras ocultas, privilegiadas, como, por ejemplo, los casos de las llamadas hipotecas legales tácitas, la concedida a los créditos por salarios o sueldos devengados por los trabajadores (artículo 55 de la Ley de 21 noviembre 1931, sobre contrato de trabajo), y si unos créditos son determinados en su extensión o determinables (arts. 114, 115, 117 y 118 de la Ley Hipotecaria), en cuanto a tercero, o el diverso alcance de la garantía (arts. 110 y 131, Regla VIII de la L. H.), y si con créditos de naturaleza civil concurren otros de naturaleza especial, por ejemplo, a favor de la Hacienda (art. 11 de la Ley de 1 de julio de 1911, de Administración y Contabilidad del Estado y artículos 158, 252, 257 del Estatuto de Recaudación), 72 y siguientes de la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939, y a favor del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional (Ley 18 de marzo de 1939) (2).

D) *Clasificación de las cargas* (3).—Son tan varias las situaciones

(1) Véanse Res. 3 julio 1918, 22 junio 1922, 8 abril 1927 y 20 enero 1928.

(2) Debe tenerse en cuenta que el art. 71 L. H. permite la enajenación y gravamen de los bienes anotados, sin perjuicio, claro está, de los derechos en el anotante. Sin embargo, este derecho no se da en el caso de la llamada "prohibición de enajenar".

(3) Nos referimos a las cargas reales, no a las personales, a que atendió la Res. de 3 de diciembre de 1892, en relación con el art. 633 del Código civil.

que pueden darse y tan complejos los elementos concurrentes que cabe distinguir varias clases de cargas.

Sin pretender agotar la materia ni menos acertar, proponemos, de momento, como clasificación de las cargas, la siguiente, que adolece de defectos por no excluirse en algunos casos los términos de la misma.

CARGAS	a)	En relación con los actos dominicales.	Propiamente hipotecarias..... Inmobiliarias.....	{ Que se extinguen con el pago, con el precio de la finca. Limitaciones del dominio.
	b)	En relación con el Registro.....	Inscritas o anotadas.... No inscritas..... Extrarregistrales.....	{ Inscritas. Anotadas. Mencionadas. Aparentes. Ocultas. Tácitas. Retención.
	c)	En relación con el procedimiento de ejecución.....	Primeras. Simultáneas. Posteriores. Preferentes. No preferentes.	
	ch)	En relación con el valor de la finca.	Cuantía determinada... Cuantía determinable.	{ Fija. Máxima.
	d)	En relación con la afección sobre la finca.....	Trascienden a frutos y valor. Sólo afectan al valor.	
	e)	En relación con los procedimientos...	En el mismo procedimiento. En diferentes procedimientos.	
	f)	En relación con los terceros.....	Unas trascienden, otras no, a los interesados. Afectan a los adquirentes. No les afectan.....	{ En todo caso. En determinadas circunstancias.
	g)	En relación con el rango.....	Predeterminado. Variable.	
	h)	Permanencia.....	Subsistentes. Caducables.	
	i)	En relación con los interesados en la finca.....	Unas permiten el abandono de la finca, otras no. Con subrogación a favor del interesado que paga, y Sin subrogación.	
	j)	En relación con otras afecciones pignoraticias.....	Cargas sobre inmuebles. Cargas sobre inmuebles y muebles.	

a) *Hipotecarias*.—Son las cargas en sentido estricto, o sean los gravámenes que afectan a los inmuebles y se extinguen con el pago del todo o parte del precio de la finca, por ejemplo: la hipoteca, la anotación, la anticresis... Su característica es la de ser gravámenes temporales establecidos en garantía de una obligación.

a') *Inmobiliarias*.—Limitan la propiedad, por ejemplo: una servidumbre, el usufructo, un pacto de retracto, una acción rescisoria, un censo, la prohibición de enajenar, la anotación de demanda. Siguen a la finca por un tiempo mayor o menor, y si bien las hay temporales, su modo de extinción normal no es el pago con el precio de la finca. Más bien se extinguen por redención, compra o transcurso del tiempo, o por la concurrencia de otros supuestos diferentes de la venta del predio al que afectan.

b) *Inscritas, anotadas y mencionadas*.—Se corresponden a las cargas que se *inscriben* (hipoteca, censo, servidumbre, usufructo, anticresis, derecho del acreedor refaccionario, limitaciones dominicales, afectación especial del art. 45 L. H.), *anotan* (anotaciones propiamente dichas del art. 42 L. H.) y *mencionan* (art. 29 L. H. y art. 47 del Reglamento de Redención de Foros, de 23 de agosto de 1926).

b') *Aparentes, ocultas, tácitas*.—Aunque ninguna de estas cargas consten en el Registro, la Jurisprudencia dedujo del artículo 35 de la Ley Hipotecaria que las cargas *aparentes*—por ejemplo: una servidumbre de acueducto—, no obstante, no pueden ser desconocidas por los terceros; un censo que afecta a una finca no inscrita, no obstante que no conste en la certificación de cargas, subsiste (doctrina de la evicción en el Código civil), aunque sea una carga *oculta*, y respecto a las *tácitas* (caso de las hipotecas legales de los arts. 218 y 219 de L. H.).

b'') *Extrarregistrables*.—Que se producen en determinados procedimientos sobre créditos privilegiados—por ejemplo: caso del artículo 1.924 del Código civil; art. 55 de la Ley reguladora del contrato de Trabajo de 1931, que concede preferencia a los créditos de salarios de las dos últimas semanas con respecto a los créditos hipotecarios inscritos en el Registro—. Y aún cabe que un tercero tenga el derecho de retención a su favor, por ejemplo: por mejoras (art. 453 Código civil).

c) *Primeras, simultáneas, posteriores*.—Distinción de gran trascendencia procesal, porque las cargas que son *primeras* producen la enajenación del inmueble, convirtiendo en dinero su valor, y con el que se paga a los acreedores posteriores, no obstante que estos créditos no se

hallen vencidos (art. 131 L. H. y 1.516 E. C.). Las *posteriores*, al hacerse efectivas, no producen el efecto de transformar en dinero el valor de la finca afecta a las cargas *anteriores*, sino que el *rematante* compra la finca con esas cargas anteriores (art. 131 L. H.) (1). Los acreedores de cargas *posteriores* tienen también el derecho de subrogarse en el procedimiento hipotecario iniciado por un acreedor anterior, satisfaciendo el crédito de éste (regla V del art. 131 L. H.).

Las *simultáneas* no producen la conversión en dinero del total valor de la finca, ya que dejan vigentes las cargas de los demás acreedores concurrentes (art. 155 L. H.) (2).

c') También hay cargas que son *preferentes* y otras *no preferentes*, independientemente que sean *primeras* o *segundas*. Se produce esta situación procesal, especialmente en las anotaciones, cuyo rango lo da el Derecho civil y no el artículo 17 de la L. H. (art. 1.923, núm. 4 del Código civil). Entre créditos hipotecarios de inscripciones de dominio, esta preferencia nace sólo del Registro (arts. 17 y 20 L. H.): *Prior tempore potior jure*. Por eso las distinciones entre cargas o *gravámenes anteriores* y los *preferentes*, que hacen las reglas 8.^a y 17 de la Ley Hipotecaria, obedecen a razones de *necesidad procesal*.

ch) La carga puede traducirse en una obligación *determinada* por su cuantía, ya fija, ya por un máximo; por ejemplo: la hipoteca sin interés, hipoteca por cuentas corrientes (art. 153 Ley Hipotecaria, y en general, las hipotecas de máximo), o *determinable*, por ejemplo: hipoteca con interés (arts. 114 al 118 L. H.), caso de varias fincas afectas a una hipoteca, si una de aquéllas no responde de la cantidad impuesta sobre ella (artículos 120 y 121 L. H.)

d) La distinción del artículo 110 L. H. en cuanto permite que la hipoteca se extienda a los *frutos, rentas y muebles colocados permanentemente*, crea situaciones procesales interesantes en la práctica al hacer efectivos los créditos, pues en las relaciones con los terceros no es indiferente que la carga afecte sólo al valor del inmueble en sí, o se extienda a los frutos y rentas. Ya el T. S., en sentencia de 31 de octubre de 1928, declaró que la anotación preventiva de un crédito que devenga interés, garantiza los intereses en los términos fijados en el artículo 114 L. H.

(1) Sin embargo, la Ley de 17 de mayo de 1940 sobre préstamos a las industrias permite cancelar.

(2) La Res. de 26 de noviembre de 1917 parece sostener otro criterio.

e) Hay cargas que *afectan en todo caso a los interesados* en el procedimiento. Por ejemplo: una hipoteca—artículo 1.490 E. C. y 131— regla V del art. 131 L. H.— y otras que sólo trascienden en el *procedimiento sumario*. Por ejemplo: una anotación posterior al crédito perseguido (art. 1.490 E. C. y art. 131 L. H.).

e') Cuando las cargas concurrentes sobre un inmueble figuran en un mismo procedimiento, su liquidación, no obstante las dificultades que siempre ofrece esta clase de operaciones, las presenta mayores cuando se trata de fincas afectas a diferentes jurisdicciones y procedimientos. Por ejemplo: Sobre la finca X se sigue procedimiento sumario en el Juzgado A, el ordinario en el Juzgado B y el procedimiento administrativo de apremio por el Agente Z. Cada ejecutor sigue su norma. A, citó a todos los interesados (regla 5.^a del art. 131 L. H.); B, sólo a los hipotecarios posteriores—no a los anotantes—(art. 1.490 E. C.), y Z aplicó el art. 158 del Estatuto de Recaudación de 1928, con la preferencia que el Fisco goza conforme al art. 12 de la ley de Contabilidad de 1911. Y aún sube de punto esta complejidad procesal si un anotado, H, discute su preferencia conforme al núm. 4.º del art. 1.923 del Código civil, o si después de extenderse la nota de la regla 4.^a del art. 131 L. H., se constituye un gravamen en el Registro.

f) Hay cargas que afectan a los terceros—las provenientes del Registro—arts. 36, 37 L. H.—; otras que no les afectan: las no inscritas en bienes registrados. En cambio, las no inscritas pueden afectar a los rematantes de bienes no inscritos, porque la certificación de cargas sólo llena su cometido cuando se trata de bienes inscritos en el Registro.

Hay cargas que siguen a la finca rematada: las anteriores al crédito perseguido; y de sus efectos sólo se puede librar el rematante, *abandonando* la finca en el procedimiento ejecutivo ordinario (arts. 126-127 Ley Hipotecaria). Otras cargas pueden extinguirse aun sin su pago: las posteriores, cuando el precio del remate no alcance a cubrirlas (arts. 131 Ley Hipotecaria y 151 Regl. Hip.).

g) Ya hemos dicho que el Registro de la Propiedad, en todos los casos de *derechos reales*, *determina el rango* por la fecha del asiento de presentación y consiguiente inscripción (arts. 17 y 20 L. H.); pero en otros casos, por ejemplo, en las anotaciones, el rango hipotecario de la carga puede obedecer a otros principios. Ejemplo: entre dos créditos anotados, goza de preferencia el anterior en fecha (art. 1.924, núm. 4.º, del Código civil), no el que primero se anotó.

h) Hay cargas que subsisten normalmente, mientras no se cancelen por el subsiguiente pago (una anotación de embargo); pero otras se extinguen en el Registro. Por ejemplo: una anotación por suspensión, que caduca a los sesenta días; una anotación de demanda, que se extingue por la sentencia absolutoria; las anotadas o inscritas con posterioridad a la expedición de la certificación de la regla 4.^a del art. 131 de la L. H.

i) Con respecto a los titulares del inmueble gravado, hay cargas de las que aquél puede librarse abandonando la finca (caso del tercer poseedor; arts. 126 y 127); otras que no permiten este abandono, porque siguen a la finca (caso del procedimiento sumario del art. 131 L. H., de naturaleza real).

También hay cargas que permiten la subrogación (regla 5.^a del artículo 131 L. H.).

j) El art. 110 de la Ley Hipotecaria permite extender la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en las fincas; pero la publicación de la novísima Ley de 17 de mayo de 1940—B. O. de 3 de agosto—, sobre préstamos destinados a la reconstrucción de las industrias con garantía pignoratícia de la maquinaria, posibilita la concurrencia de gravámenes hipotecarios que afecten ya al inmueble y a los muebles colocados en él, con créditos prendarios sobre los muebles, y aun sobre éstos, pueden gravar afecciones de otra índole, por ejemplo: a favor del Banco Industrial (1), que constan en los libros de Comerciantes y Sociedades, independientes de los que existan en los *libros de prenda industrial sin desplazamientos*, mandados abrir por dicha novísima disposición en los Registros mercantiles.

* * *

Otros aspectos, también interesantes, de la materia sobre cargas, podían ser examinados; pero por los puntos tratados puede inducirse la importancia práctica que en los órdenes hipotecario y procesal tiene el estudio de las cargas, y la conveniencia de que las disposiciones vigentes se modifiquen en el sentido de unificar los textos legales en materia de ejecución, evitando el contrasentido que supone el que en el procedimiento judicial sumario sean tenidos en cuenta los acreedores por ano-

(1) Ver RR. DD. 30 abril 1924. 29 abril 1927 y 25 junio 1928.

tación, y se prescinda de ellos en el procedimiento de apremio ordinario (1); y que, por ejemplo, en el caso de dualidad de procedimientos, ya entre órganos de la misma jurisdicción o de diferentes jurisdicciones, se llegue en la ejecución a resultados opuestos, como conocemos más de un caso, y hasta a posposiciones en el cobro de créditos que, según un procedimiento tienen una preferencia, y que en otro carecen de ella.

De ahí que el criterio sostenido en la Res. de 22 de noviembre de 1929, de que la circunstancia de no haberse anotado el embargo no impide la inscripción de la adjudicación, parece exigir una reforma de la ley Procesal, para evitar la falta de correspondencia entre el Registro y el trámite de liquidación de cargas, que, como hemos dicho, es fundamental, si se quiere robustecer el crédito mediante la institución del Registro, evitando la multiplicación de pleitos de tercería, que, en cuanto a inmuebles, constituyen una anomalía y significan un evidente descuido del legislador.

A. RÍOS MOSQUERA.

Registrador de la Propiedad.

(1) Artículos 1.490 E. C. y 131, regía S.ª L. H., y Res. 23 noviembre 1912 y 12 noviembre 1934 y Sentencia T. S. 30 mayo 1903.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1940.—*Fianza.*

Partiendo del supuesto de que la recurrente es fiadora, no ha quedado liberada de su responsabilidad por una pretendida novación del contrato de arrendamiento: 1.º Porque según la cláusula 18 de dicho contrato no habría de entenderse novado por ninguna modificación tácita que en el transcurso de su cumplimiento se estableciera por tolerancia o por cualquier otra circunstancia, sino únicamente por el otorgamiento de otro contrato escrito; 2.º Porque la novación extintiva no se presume, siendo necesario para que exista, que la extinción del primitivo contrato se declare terminantemente o que la antigua obligación y la nueva sean de todo punto incompatibles, lo que no se daría en este caso, aunque se hubiera establecido prórroga de los plazos del contrato. Además, si bien el art. 1.851 Código civil establece que la prórroga concedida al deudor sin consentimiento del fiador extingue la fianza, no se debe confundir la mera tolerancia del acreedor que detiene el ejercicio de su derecho con el convenio explícito de una prórroga por señalamiento de nuevo plazo con fecha determinada; así tiene declarado la jurisprudencia que el hecho de que el acreedor no reclame el cumplimiento de la obligación cuando ésta vence, no significa que le concedió prórroga. Por último, no se obligó la recurrente a más que el deudor, pues al entregar la fianza, lo hizo para garantizar el cumplimiento del contrato de arrendamiento, y quedó sometida en cuanto a las responsabilidades de dicha fianza a las cláusulas del contrato, de las cuales la 15 establece para el caso de incumplimiento de alguna de las condiciones estipuladas, no sólo la rescisión en el acto, sino la pérdida total de la fianza que quedaría de propiedad exclusiva del arrendador; y por tanto es evidente que, al producirse incumplimiento por el primer retraso en el pago, perdió la recurrente por este solo hecho todo derecho a la fianza, no siendo exacto lo que se alega respecto a que la recurrente de ha-

berse enterado hubiera podido pagar el primer pago retrasado con parte de la fianza y retirar el resto, pues por el hecho de no haber sido pagado dicho plazo a su tiempo ya tenía perdida la totalidad de ella.

Nota a la Sentencia del 28-VI-1940 (sobre fianza):

El término “fianza” se usa en nuestras leyes en dos sentidos. Por un lado, representa “fianza” el concepto genérico de un contrato cuya función es la de asegurar el cumplimiento de una obligación cualquiera. En este sentido “fianza” abarca tanto la garantía personal (fianza en sentido específico) como la garantía real, que según recaiga sobre un mueble o sobre un inmueble lleva la denominación “prenda” o “hipoteca”. Por otro lado, significa “fianza” en sentido específico la garantía personal. El art. 253 Código civil y el art. 1.402 Ley de Enjuiciamiento civil emplean la voz “fianza” en sentido genérico; los arts. 1.822 y siguientes hablan, en cambio, de la fianza en sentido específico (véase la exposición de este doble concepto del término “fianza” en *Arrendamientos urbanos*, por D. Jerónimo González, Madrid, 1928, ps. 153 y ss.). Ahora bien; en el caso de autos se trataba de una “fianza” constituida por títulos que se entregaron al arrendador. Por lo tanto, no se trata de una fianza en sentido específico (arts. 1.822 y ss. C. c.), sino de un contrato de prenda. El art. 1.857 último párrafo C. c. permite expresamente que una persona extraña a la obligación principal puede asegurar ésta, pignorando sus propios bienes. La prenda garantiza una obligación condicional, caso expresamente previsto y permitido en el artículo 1.861 C. c. No sabemos de qué clase de títulos se trata, punto interesante, puesto que si se trata de títulos nominativos la prenda es regular, mientras que si son títulos al portador la prenda resulta irregular (sobre la prenda irregular véase Jerónimo González, l. c.); y si se trata de valores cotizables, debe aplicarse el art. 1.872 párr. 2.º C. c. Pero sea lo que sea, de todas maneras rige en esta materia la prohibición del pacto comisorio (art. 1.859 C. c.), según el cual el acreedor, al acaecer el incumplimiento de la obligación principal de parte del deudor, no debe apropiarse las cosas dadas en prenda, sino meramente venderlas según reglas determinadas y satisfacerse con el precio conseguido en cantidad correspondiente a la que le es debida, mientras que el sobrante pertenece al dueño de la prenda. La finalidad de la prohibición de la “lex commissoria” es la de impedir prácticas usurarias. En el ámbito de la fianza personal no hace falta prohibir el pacto comisorio, puesto que

el acreedor no tiene en sus manos cosas apropiables, y el principio de la estricta accesoriedad (art. 1.826 C. c.) limita su crédito de análoga manera. Por lo expuesto, existen ciertas dudas con respecto a la cláusula 15 del contrato que establece para el caso de incumplimiento de alguna de las condiciones estipuladas la pérdida total de lo que el contrato llama "fianza", quedándose ella de propiedad exclusiva del arrendador. Se puede discutir si esta estipulación contiene una cláusula penal a los efectos de los arts. 1.152 y ss. C. c. Existen sobre esta cuestión dos sentencias (del 13-VI-1924 y del 25-X-1932). Sin embargo, creemos deber rechazar esta opinión, al menos en el caso presente, puesto que en él la pena recaería sobre un extraño; y la pena debe recaer directamente sobre el deudor que comete el delito.

No olvidemos que la fianza administrativa se *pierde* con mucha frecuencia y acaso se quiera incorporar al Derecho privado esta facultad de apropiarse o decomisar los títulos o valores que la constituyen, pero el C. c. (art. 1.859) no ha sido derogado y el Tribunal Contencioso-Administrativo tan sólo permite la aplicación de los valores y de sus dividendos o intereses para garantizar el cumplimiento de los contratos con el Estado y extinguir las responsabilidades decretadas contra el llamado contratista.

SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1940.—*Sustitución fideicomisaria.*

El Tribunal Supremo interpreta las palabras "que no pasen del segundo grado" del art. 781 del Código civil en el sentido de que "grado" significa "sustitución" o "llamamiento", rechazando la afirmación que hacen los recurrentes de que se trata de grado de parentesco. El Tribunal Supremo se apoya sobre la historia (*Instituta*, proemio del título décimoquinto, libro 2.º; *Digesto*, proemio del primer fragmento del título 6.º, libro 28; Ley 1.ª, título 5.º de la Partida 6; la 45 de las de Toro; art. 629 del proyecto de Código civil de 1851). También llama la atención sobre la particularidad de que el Código civil suprimió las palabras "ni aun en la línea directa" que figuraban en la Base 16, sustituyendo, además, el vocablo "generación" por el de "grado". Como en cada uno de los testamentos impugnados en este pleito se ordenan dos instituciones sucesivas de usufructo vitalicio y una de propiedad plena, claro resulta, que todas estas sustituciones son perfectamente válidas, bien se sostenga, que por tratarse de dos dona-

ciones de usufructo y otra de propiedad no existe verdadera sustitución fideicomisaria en el sentido específico con que la define el primer inciso del art. 781, ya se entienda que entran, por asimilación legal, en el cuadro de las sustituciones de esta clase, aun revistiendo un carácter especial, pues en este último caso el designado propietario resulta sustituido al segundo usufructuario por reemplazarle en el derecho de usufructo, y como el primer usufructuario no es sustituto, siempre queda el propietario en el segundo grado de sustitución.

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

El Tribunal Supremo repite su doctrina, de que, no obstante ser por su naturaleza de carácter mercantil las relaciones jurídicas nacidas entre las partes, no habiéndose cumplido con las solemnidades que prescribe el art. 119 del Código de Comercio, es forzoso condicionarlas a las prescripciones del Código civil, doctrina ya establecida en las sentencias de 31 de mayo de 1912 y 25 de mayo de 1917. Tratándose por lo tanto de un contrato de sociedad de naturaleza civil, como consensual que es, se perfecciona por el mero consentimiento de los contratantes, como con repetición tiene afirmado la jurisprudencia de esta Sala interpretando el art. 1.665 Código civil, bastando que el convenio de las partes verse sobre la intención de poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias. Tampoco incide el Tribunal *a quo* en las aludidas violaciones al declarar que el demandado está obligado a firmar escritura pública de sociedad de responsabilidad limitada con la actora, con las bases que fija en el fallo la sentencia recurrida, y los demás pactos y requisitos que establecen los Códigos civil y de Comercio. Esos requisitos, que pueden deducirse de los arts. 108, 120, 123 Reglamento del Registro Mercantil en relación con el 125 Código de Comercio, son, en parte, esenciales y, en parte, complementarios, siendo los primeros los únicos en que es indispensable el previo convenio de los contratantes por no haber precepto legal alguno del que puedan deducirse; pues los otros, si al llegar el momento oportuno de la redacción de la escritura, no se ha logrado un acuerdo sobre ellos, pueden ser suplidos en armonía con las prescripciones legales aplicables, ante la necesidad de llegar al cumplimiento del convenio de formalización de la escritura. Los requisitos esenciales son: el carácter de la sociedad que se constituye de responsabilidad limitada;

el nombre, apellidos y domicilio de los socios; la razón social; el capital que cada socio aporte en dinero efectivo, créditos o efectos, con expresión del valor que se dé a éstos; domicilio de la Sociedad, clase del comercio u operaciones a que se dedica y la fecha de su constitución. Estos requisitos fueron fijados según el convenio de las partes en la sentencia recurrida, dejando para que se fijen en ejecución de sentencia los demás pactos complementarios cuales son: 1.º El nombre y apellidos de los socios a quienes se encomienda la gestión de la Compañía y uso de la firma social con expresión de la cantidad que se le asigne a cada uno anualmente para sus gastos particulares. 2.º Duración de la Compañía que no es indispensable que se fije por los socios. Pues si no se pacta que la gestión y uso de la firma social corresponde a determinados socios, corresponde a todos ellos, art. 129 del Código; y si no se precisa la duración será de plazo indefinido y se procederá en su caso como preceptúa el art. 224; no siendo necesario consignar en la escritura las reglas para la formación de los balances, ni aquellas otras determinadas de cuándo ha de comenzar el reparto de utilidades y si han de distribuirse íntegramente o constituirse reservas, ni aquellas otras constitutivas de las directrices para la liquidación y división del haber social que se indican en el recurso, por no haber precepto alguno en el Código de Comercio que las imponga, ni en el art. 120 del Reglamento, en el que sólo se hace mención de las reglas para la liquidación y división del haber social; y es para decir que se harán constar en la primera inscripción de las sociedades colectivas si se establecen en la escritura, lo que indica que no es requisito indispensable de la misma.

SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1940.—“*Pactum de contrahendo*”, su ejecución, etc.

Llegada a la conclusión de que el contrato por el cual los partícipes en la explotación de que se trata pactaron mantener la indivisión, en espera de la estipulación futura de uno de sociedad que adoptase cualquiera de las formas admitidas en Derecho, merece el calificativo de preliminar (*pactum de contrahendo*), cuya función esencial consiste en ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato; pero que precisamente por ese carácter no engendra otra obligación que la de prestar a su tiempo el consentimiento, ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el de un resarcimiento de perjuicio, porque el con-

sentimiento, que ha de prestarse, es el objeto único de la obligación y acto personalísimo; ni puede autorizar a que la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del Juez, dando así irregularmente vida a un contrato que sin el común, expreso y máxime asenso de las partes no puede nacer. Esto sentado, que si los interesados en la constitución de la Sociedad, que había de regir los destinos de la común explotación, no lograron el acuerdo unánime en punto a la forma específica de la Sociedad, pretendiendo los más acomodarla a la figura de las anónimas y algunos, entre ellos la demandante al tipo de la comanditaria, la sentencia de instancia, afirmando, por una parte, que a la actora y hoy recurrente estaba vedado el ejercicio de la acción *communi dividundo* y condenándola por otra como resultado de este razonamiento a que la constituyese según el tipo de las anónimas, infringe por inaplicación el art. 400 Código civil desconociendo el derecho que asiste al propietario para hacer cesar en cualquier tiempo el estado de indivisión; viola en igual concepto el art. 1.273 que, en obligada concordancia con el 1.261 del propio Código, niega eficacia al contrato que no verse sobre objeto cierto o sobre cosa determinada en cuanto a su especie que no sea posible determinar sin un nuevo convenio entre los mismos contratantes; infringe asimismo por interpretación errónea los artículos 151 y 153 Código de Comercio y 924 Ley rrituaria; ya que si aquéllos establecen con otros los requisitos indispensables para la constitución de las sociedades anónimas, ninguno autoriza para permitirla, mediante acuerdos adoptados por mayoría, que si son eficaces cuando se trata de administrar una cosa común, dejan de serlo cuando se trata de realizar un acto de disposición, carácter indudable que preside la constitución de un ente social; y si es lícito en el orden procesal vencer, mediante la interposición de la autoridad del Juez, la resistencia a cumplir una obligación de hacer y emplear para lograrlo los medios en cada caso adecuados, no lo es en cambio pretender que merced a esa intervención se cumpla una obligación que además de personalísima está específicamente indeterminada, sin desconocer lo que es de esencia en el contrato previo y que por serlo tiene reflejo obligado en las consecuencias jurídicas del incumplimiento.

Nota a las Sentencias del 5 y del 9 de julio de 1940 (sobre sociedades y "pactum de contrahendo"):

De las muchas cuestiones interesantes, abordadas en ambas sentencias, destacamos meramente una: ¿Es posible condenar al demandado a hacer una declaración determinada de voluntad, y ejecutar esta sentencia? La resolución del 5 de julio aprueba la sentencia recurrida, que condenó al demandado a firmar escritura pública de sociedad de responsabilidad limitada. La sentencia del 9 de julio, en cambio, declara que la prestación del consentimiento a la constitución de una sociedad, aunque debida por razón de un *pactum de contrahendo*, es un acto personalísimo, y no puede ser sustituido por obra de la autoridad del Juez. La contradicción es sólo aparente; y se explica por el hecho de que la primera sentencia cree que el contrato de sociedad ya existe válidamente, por lo cual su elevación a forma pública no representa una declaración de voluntad, mientras que la segunda sentencia afirma meramente la existencia de un contrato preparatorio, en cuya virtud el deudor debe prestar una declaración de voluntad para contribuir así al nacimiento del contrato principal. Sin embargo, subsiste cierta contradicción, puesto que la primera sentencia con un deplorable olvido de las luchas entabladas en torno de la Sociedad de responsabilidad limitada considera hechos como constitutivos de un contrato principal, aunque no solemne, los cuales en forma muy semejante se reputan por la segunda sentencia como expresivos de un mero contrato preparatorio. La diferencia práctica entre ambas construcciones no deja de ser fundamental. En el primer caso, debe aplicarse el art. 1.279 Código civil, que permite el otorgamiento forzoso de escritura a base de un contrato válido. En el segundo caso, hemos de someternos al art. 924 segunda hipótesis de la Ley de Enjuiciamiento civil que distingue entre la condena con respecto a acciones fungibles y la condena atinente a actos personalísimos, entendiendo en el último caso que el condenado rebelde opta por el resarcimiento de perjuicios. Este precepto es de resabio romanista, ya que en el Derecho romano la condena bajo el sistema formulario era siempre condena pecuniaria, hecho, del que resultaba la gran utilidad práctica del *jussus* en las acciones arbitrarias que podían ejecutarse *manu militari*. En las modernas legislaciones, se ha operado un cambio. La Ley de Enjuiciamiento civil alemana (art. 894) establece: "Si se condena al deudor a prestar una declaración de voluntad,

se reputa la declaración prestada así que la sentencia sea firme." Se trata de una sentencia de prestación (Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlín, 1929, p. 671, parágrafo 214, III, 4) que es tratada como una sentencia constitutiva (Janes Goldschmidt, *Zivilprozessrechts*, 1929, p. 317, parágrafo 110, 6, a). La obra decisiva sobre esta materia se debe al gran civilista alemán Kipp (*Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen*, en el homenaje de Kiel a Ihering, de 1892). Se discute en el Derecho alemán si se aplican a esta declaración fingida las preceptos del Código civil sobre negocios jurídicos, p. ej. los referentes a vicios del consentimiento y capacidad de negociar (en sentido negativo Enneccerus-Nipperdey, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil*, 1931, p. 473, parágrafo 144, IV, 3). Los preceptos sobre la adquisición de buena fe de una persona no legitimada aplican a la declaración ficticia, en virtud de la regla expresa del art. 898 Ley de Enjuiciamiento civil alemana. Ahora bien: el punto de vista del Derecho español parece tan retrógrado como la concepción alemana parece atrevida. Probablemente convendrá distinguir entre declaraciones de voluntad que deben prestarse por consideraciones puramente técnicas, y otras que en buena doctrina deben ser sintomáticas de una conducta correspondiente. Un ejemplo del primer grupo de casos: Una persona se obliga en un contrato preparatorio de vender una cosa a otro; luego se niega a prestar su consentimiento a la compra-venta. El efecto económico de quitar la cosa prometida al vendedor contra su voluntad es fácilmente asequible mediante la fuerza coactiva del Estado. Sin embargo, hace falta su declaración de querer estipular el contrato de compra-venta. Pero esta declaración representa un requisito meramente técnico; y es, por ende, sustituible por la voluntad del Estado, aunque no le corresponda ninguna conducta del vendedor forzado. Efectivamente conoce el Derecho español un caso de esta índole. Pensamos en el art. 1.514 párrafo 2.º Ley de Enjuiciamiento civil, en que el Juez, aunque no por sentencia, sustituye la voluntad contractual del deudor rebelde. El ejemplo más destacado del segundo grupo de casos es el matrimonio (véanse artículos 43 C. c. español y 888 pár. 2.º Ley de Enjuiciamiento civil alemana). Pero también deben formar parte de este grupo todas las declaraciones de voluntad constitutivas de sociedades. La razón está en que si bien es verdad que la Ley puede sustituir la declaración jurídica de voluntad, no lo es menos que no puede obligar al condenado rebelde

a una actitud correspondiente; y como los contratos de sociedad inauran una vida social, mal terminará lo que de tan mala forma comenzó. Para volver a las dos sentencias en cuestión, nos parece, que mejor resultado práctico hubiera conseguido la primera sentencia, si, en lugar de considerar las estipulaciones como contrato de sociedad, hubiese seguido el modelo de la segunda sentencia reputándolas mero contrato preparatorio con la consecuencia de contentarse con la condena a indemnizar los perjuicios. Las características de la Sociedad de responsabilidad limitada, que equidista de la Sociedad regular colectiva y de la anónima, tomando notas de los negocios o cuentas en participación, son tan arbitrariamente fijadas en los despachos notariales, que es casi imposible en España señalar las líneas de la figura y resulta temeraria la posición del Tribunal Supremo.

SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1940.—*Competencia.*

Se trata de la acción de una mujer casada ante el Tribunal de 1.^a instancia n.º 1 de Santander referente a alimentos, depósito y demás medidas relacionadas con el divorcio, que se ha pedido del Tribunal Eclesiástico del Obispado de Santander. Según la regla 20 del artículo 63 Ley de Enjuiciamiento civil, en los depósitos de personas es competente el Juez del domicilio de la persona que debe ser depositada. Y aunque el domicilio de las mujeres casadas es, con arreglo al artículo 64 Ley Procesal, el que tenga su marido, una reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que cuando con el consentimiento y autorización expresa o tácita, y aun sin oposición de aquél, reside la mujer con habitualidad en lugar distinto, tal domicilio es entonces el que ha de reconocérsele como suyo. Y como la actora vivía separada de su marido en Santander con habitualidad que aquél consentía, es visto que la competencia suscitada ha de decidirse en favor del Juez de 1.^a instancia n.º 1 de Santander.

SENTENCIA DE 1.º DE JUNIO DE 1940.—*Competencia.*

El documento privado sobre venta de abonos, acompañado a la demanda, constituye principio de prueba para resolver la competencia, por aparecer suscrito por las dos partes contratantes y constar en él la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Bilbao para todas las

cuestiones referentes al cumplimiento del contrato. En consecuencia, es indudable la preferencia del Juzgado municipal de aquella Villa, en la que tiene su domicilio la entidad actora, para conocer de la reclamación del resto del precio de la mercancía vendida, conforme al texto del artículo único de la Ley de 21 de mayo de 1936. A los efectos del artículo 108 Ley de Enjuiciamiento civil es de apreciar manifiesta temeridad en el demandado, que promovió la inhibitoria contrariando su propia y expresa sumisión a los Tribunales de Bilbao, y en el Juez municipal de Villanubla que, no obstante su parecer opuesto a la inhibitoria, mantiene el requerimiento de inhibición porque así lo desea el demandado, siendo de cuenta del demandado y del Juez municipal de Villanubla, por mitad, las costas causadas en la inhibitoria.

SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1940.—*Competencia.*

En el caso de que existan varios demandados, domiciliados en diferentes pueblos, no se aplica la Ley de 21 de mayo de 1936, sino el párrafo 2.º de la regla 1.ª del art. 62 Ley de Enjuiciamiento civil. Si en estos casos de pluralidad de los demandados, el demandante entabla su demanda ante Juez incompetente, ha de prevalecer el fuero de aquel demandado que lo reclama. Si cada uno de los demandados reclama su fuero propio, se han de resolver los conflictos jurisdiccionales adoptando, en razón de la marcada semejanza que existe entre las cuestiones de acumulación de autos y las de competencia, el criterio que informa el artículo 171 Ley de Enjuiciamiento civil, el cual establece en su párrafo 2.º el principio de antigüedad, que en los casos a que se alude ha de quedar determinada por las fechas en que los demandados hayan promovido separadamente la inhibición.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros

VENTA DE BIENES DE MENORES. SI DEL AUTO DE AUTORIZACIÓN PARA LA VENTA DADO A LA MADRE — DIVORCIADA Y CASADA EN SEGUNDAS NUPCIAS — SE DESPRENDE DE MANERA INDUDABLE QUE EL JUEZ TUVO EN CUENTA LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN AQUEL MOMENTO, NO PUEDE EL REGISTRADOR DENEGAR LA ESCRITURA, POR ENTENDER HABÍA PERDIDO AQUÉLLA LA PATRIA POTESTAD, PUES ELLO IMPLICA CALIFICAR EL FUNDAMENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

Resolución de 17 de julio de 1940. (B. O. de 8 de agosto.)

Ante el Notario de Posadas, D. Feliciano Martín Pérez, se otorgó, con fecha 21 de junio de 1938, escritura por la que doña Blanca Casado Muñoz, en nombre propio y como legal representante de sus hijos menores de edad no emancipados, dentro de la función legal que le asiste por razón de la patria potestad que ejerce sobre los mismos, vendió a D. Antonio González Arévalo el usufructo que a ella correspondía y la nuda propiedad que a sus referidos hijos pertenece de una finca rústica sita en el término municipal de Posadas, que se describe en dicha escritura, por precio de 2.500 pesetas, que confiesa recibido, habiendo obtenido la licencia marital por lo que a su derecho atañe, y la autorización judicial para la enajenación realizada.

Presentada a inscripción dicha escritura en el Registro de Posadas, fué calificada con la siguiente nota: "No admitida la inscripción solicitada en el precedente documento porque la vendedora, doña Blanca Casado Muñoz, perdió la patria potestad sobre sus hijos por la Ley de 12 de marzo de 1938 y el artículo 168 del Código civil."

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, al efecto de que se declarase que la escritura se halla extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, la Dirección, confirmando el auto del Presidente de la Audiencia que revocó la nota del Registrador, ha expuesto:

Que entablado este recurso por el Notario autorizante de la escritura al sólo efecto de obtener la declaración de hallarse extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, debe tenerse en cuenta, ante todo, el antecedente que sirvió de base para su otorgamiento, en relación con el defecto señalado en la calificación.

Que este antecedente no fué otro que la autorización concedida a la madre de los menores, conforme al artículo 164 del Código civil, por el Juez del domicilio, con todos los requisitos legales, para la enajenación de la nuda propiedad de la finca perteneciente a sus hijos menores, por causa de utilidad, autorización concedida por auto fecha 26 de marzo de 1938, en el que se relaciona con toda claridad la situación de la referida madre, doña Blanca Casado Muñoz, por lo que respecta a sus segundas nupcias.

Que siendo por ello indudable que el Juez tuvo en cuenta la legislación vigente en aquel momento, el Registrador, al denegar la inscripción, califica el fundamento de la resolución judicial, lo cual no le está permitido, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y a la reiterada doctrina del Centro directivo.

Añadiendo, además, que dada la fecha de la Ley derogatoria de la del Divorcio, interpretada por la Orden ministerial de 4 de noviembre de 1933, y lo dispuesto en el Decreto de 1.º de noviembre de 1936, tampoco podría estimarse que la madre había perdido la patria potestad; y que, aunque hoy no puede ponerse en duda que la madre que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, con la salvedad que establece el artículo 168 del Código civil, los antecedentes expresados, las fechas del auto concediendo la autorización y de la escritura, así como el fin de este recurso, determinan la procedencia de confirmar la decisión recurrida.

(Pueden verse las resoluciones de 10 abril 1876, 22 marzo 1906, 3 julio 1912 y 9 febrero 1934.)

DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD REGULAR COLECTIVA. LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES NO LO SON DE TERMINACIÓN, SINO SUPUESTOS JURÍDICOS PARA QUE EN SU DÍA SE PRODUZCA ÉSTA. EN TANTO, EL PATRIMONIO SOCIAL SIGUE SIENDO DISTINTO DEL PARTICULAR DE LOS SOCIOS, POR LO QUE NO SE PUEDE ATRIBUIR A ÉSTOS O SUS HEREDEROS PORCIÓN DE BIENES DETERMINADOS, PRECISÁNDOSE UN ÓRGANO O FACULTAD DISPOSITIVA A QUIEN REFERIR

EL DERECHO CUYA INSCRIPCIÓN SE PRETENDE, Y, EN ÚLTIMO CASO, AFECTAR CON CLARIDAD LOS BIENES ADJUDICADOS AL CUMPLIMIENTO DE UNA FINALIDAD LEGAL.

Resolución de 22 de julio de 1940. (B. O. de 16 de agosto.)

Por el Notario de Badajoz, D. Jesús Rubio y Pérez-Dávila, se autorizó una escritura, con fecha 26 de junio de 1936, en la que comparecieron D. Isidro Bueno Vinagre y D. Cayetano Valaer Gragera, este último como mandatario de doña Clara Suárez Somonte y doña Sabina Isidro Suárez, según poder ante el mismo Notario, cuya fecha citaba, en la que hicieron constar: que por escritura de 25 de mayo de 1914, el finado, D. Enrique Isidro Andrino y D. Isidro Bueno Vinagre constituyeron Sociedad mercantil regular colectiva para la compra y venta de cereales, bajo la razón social "Andrino y Bueno", con un capital inicial de 12.000 pesetas, aportado por mitad y distribuyéndose pérdidas y ganancias en igual forma, escritura que fué inscrita en el Registro Mercantil; que dicha Sociedad suspendió pagos, aprobándose, por auto del Juzgado de Badajoz fecha 19 de enero de 1932, un convenio con sus acreedores de espera de tres años, que por dificultades posteriores estaba aún en ejecución, con un saldo a favor de los mismos de pesetas 610.639 y 39 céntimos, cuya mitad, de 305.319 pesetas y 69 y medio céntimos, era pérdida a cargo del socio fallecido, D. Enrique Isidro Andrino; que por ser la Compañía regular colectiva, se atrajeron a la suspensión los bienes particulares de cada socio, describiéndose como del Sr. Isidro Andrino una finca urbana y la mitad de otra en Badajoz; una rústica en término de esta capital, y su mitad, como socio colectivo de la Compañía "Andrino y Bueno", de un almacén en la ciudad de Zafra y de una casa en la citada población de Badajoz, con un valor total de 167.250 pesetas; que fallecido en 29 de abril de 1935 D. Enrique Isidro Andrino, sin estar prevista en la escritura la continuación del negocio con sus herederos, había quedado disuelta la Sociedad; que, según auto del Juzgado de Badajoz, de 10 de septiembre de 1935, era su única heredera su hija doña Sabina Isidro Suárez, sin perjuicio de la cuota usufructuaria de la viuda, doña Clara Suárez Somonte; que la participación en la Sociedad significaba una deuda, como quedó expresado, de 305.319 pesetas y 69 y medio céntimos, y como para su pago no llegaban los bienes propios del finado, convenían: 1.º, aceptar la hija y viuda mencionadas del socio fallecido su he-

rencia a beneficio de inventario, adjudicándose los bienes relacionados que la constituían para pago de las deudas de la suspensión, y 2.º, declarar extinguida, por defunción del socio D. Enrique Isidro Andrino, la Compañía "Andrino y Bueno", facultando al Sr. Bueno Vinagre para que liquide y pague las deudas sociales de la suspensión, tratando la venta o gravamen, a tales efectos, de los bienes relictos y dando cuenta a las herederas, que otorgarían las oportunas escrituras en unión del Sr. Bueno Vinagre.

Presentada dicha escritura en el Registro de Badajoz, fué denegada su inscripción por los siguientes defectos: 1.º No acreditarse: A) La personalidad representativa del apoderado. B) La defunción del causante. C) La cualidad de herederas de las señoras representadas. 2.º Falta de previa inscripción en el Registro Mercantil de la disolución de la Sociedad regular colectiva "Andrino y Bueno", que se otorga en la escritura. 3.º Realizarse la división del activo social, al que pertenecen, según los términos de la escritura, todos los bienes relacionados en ella, y la incorporación de dicho activo a la herencia del socio fallecido don Enrique Isidro Andrino, sin la previa liquidación del pasivo de la Sociedad mercantil disuelta, al que la propia escritura se refiere. 4.º Determinación improcedente de la responsabilidad del socio fallecido, por las deudas de la Sociedad colectiva, toda vez que tal responsabilidad se extiende, no a la mitad de las deudas, sino solidariamente con el otro socio a todas ellas. 5.º No justificarse haber formado el Inventario exigido por el artículo 1.013 del Código civil, en los plazos y con las formalidades que el propio Cuerpo legal exige. 6.º Que habiendo sido aceptada la herencia a beneficio de inventario y resultando, de los términos de la misma escritura, la existencia de deudas conocidas sin pagar, la adjudicación de los bienes descritos para pago de deudas supone una atribución dominical sobre los mismos que excede de las facultades que, en caso de aceptación de herencia con ese beneficio, concede al heredero, cuando éste sea administrador, el artículo 1.026 del Código civil y sus concordantes del mismo texto legal y de la Ley de Enjuiciamiento civil. 7.º Que aun supuesta la posibilidad de la adjudicación de los bienes para pago de deudas, adolece del defecto de no determinarse, para conocimiento de la extensión del derecho inscribible, la porción correspondiente a cada adjudicatario sobre los bienes adjudicados. Y estimando insubsanables los defectos correspondientes a los números 3.º, 4.º y 6.º, no procede tampoco anotación preventiva.

La Dirección, confirmando el auto apelado, que ratificó la nota del Registrador, y después de admitir, como hizo el Presidente, personalidad al Notario autorizante para entablar el recurso, y de considerar necesaria, conforme al principio de rogación, la manifestación de voluntad por parte de los interesados para que el encargado del Registro Mercantil proceda a practicar las operaciones oportunas por lo que al segundo de los defectos apuntados en su nota por aquel funcionario se refiere, declaró, en cuanto al fondo de las cuestiones planteadas, lo siguiente:

Que las causas de disolución de las sociedades no son causas de terminación, sino supuestos jurídicos para que en su día ésta se produzca, y aunque la muerte de uno de los socios, no prevista la continuación, sea una de las que funcionan *ope legis*, no tiene, en la teoría general, influencia alguna, porque la Sociedad existe representada por los liquidadores y entra, al cesar en sus actividades productoras, en un período de régimen económico especial.

Que en este período, el patrimonio social, el *corpo della compagnia*, como le llamaban los antiguos Estatutos, sigue siendo distinto del patrimonio particular de los socios—aunque en las colectivas respondan solidariamente con todos sus bienes—, y por ello no es posible precisar, como se precisa en la escritura, la porción de bienes a distribuir entre los socios o sus herederas, aunque se entiendan formulariamente adjudicados, porque la disolución no ha introducido cambio alguno respecto al dominio de los referidos inmuebles, que son, como antes, propiedad de la citada entidad jurídica, que continúa subsistente, según queda indicado, hasta que se practique su liquidación.

Que entre los supuestos de hecho que se relacionan en la escritura calificada, se destaca con mayor relieve, al realizarse la división del activo social, el de que la finca cuya inscripción se pretende se halla afecta a un procedimiento de suspensión de pagos que determinó un convenio con los acreedores, y como dentro del mismo otorgamiento se adjudican bienes a las herederas del socio fallecido para pago de las deudas de la suspensión, ello supone, por lo menos, una novación del convenio que se invoca, sin que conste en el título la relación de causalidad que la produzca, ni tampoco los requisitos legales para inscribir dicha adjudicación para pago de deudas con carácter de tal; no resultando tampoco expresadas las circunstancias que puedan determinar la extensión

del derecho de cada adjudicataria, a que se refiere el último párrafo de la nota recurrida.

Finalmente, que la existencia legal de una Sociedad mercantil regular colectiva, de la que se derivan derechos y responsabilidades con relación al patrimonio de los socios; el estado procesal de suspensión de pagos de dicha entidad y, dentro de él, la existencia de un convenio con los acreedores; el fallecimiento posterior de uno de los socios, que trae como consecuencia la extinción de la Sociedad; la consiguiente transmisión hereditaria con la aceptación a beneficio de inventario, sin que éste se acredite con las formalidades y dentro de los plazos legales, y las facultades que se confieren al socio sobreviviente en cuanto a la liquidación y pago de las deudas sociales, constituyen hechos y actos jurídicos que, aunque determinen la existencia de un conjunto patrimonial afecto al cumplimiento de obligaciones y fines determinados, con intervención en la administración, disfrute y disposición de acreedores y personas extrañas a la titularidad, no puede estimarse justificado a los efectos del Registro, toda vez que en el documento faltan elementos suficientes para encuadrar tal complejidad dentro del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sin que, por otra parte, pueda distinguirse en el concepto jurídico que sirve de base a la argumentación del Notario recurrente un órgano o facultad dispositiva a quien referir el derecho cuya inscripción se pretende, y, en último caso, para aceptar con claridad los bienes adjudicados al cumplimiento de una finalidad legal.

(Pueden verse las resoluciones de 6 marzo 1900, 5 mayo y 26 noviembre 1930, 10 enero 1934 y 28 febrero y 21 mayo 1935.)

CALIFICACIÓN DE LOS REGISTRADORES. EN SU FUNCIÓN HAN DE ATENERSE ESTOS FUNCIONARIOS, SEGÚN ORDENA EL ARTÍCULO 18 DE LA LEY HIPOTECARIA, A LO QUE RESULTE DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS, LAS CUALES, Y CON RESPECTO A LAS EXTENDIDAS EN LAS ZONAS QUE FUERON ROJAS Y DURANTE LA DOMINACIÓN MARXISTA, ESTANDO REVESTIDAS DE LAS FORMALIDADES LEGALES Y REGLAMENTARIAS, NO DEBEN OFICIOSAMENTE Y EN TODO CASO TENERSE POR INEFICACES MIENTRAS NO SE DICTEN OTROS PRECEPTOS POR EL ESTADO ESPAÑOL.

Resolución de 9 de agosto de 1940. (B. O. de 27 de agosto.)

Ante el Notario D. Víctor Sáinz Trápaga, actualmente de Tella, y

estando habilitado legalmente para ejercer en el distrito de Santander, se otorgó en dicha ciudad, y por D. Manuel García Ruiz, testamento el 29 de abril de 1937, en el cual el otorgante manifestó que de su matrimonio con doña Milagros Llamosas Aristigueta tenía cuatro hijos, llamados Milagros, Josefa, Manuela y Gonzalo; que legaba a su esposa la quinta parte de sus bienes, además de la cuota legal; que en el remanente de los mismos instituía herederos a sus cuatro citados hijos, y que designaba albacea-contador-partidor y comisario a D. José Lastra García.

Otorgada por la viuda y el contador citados, el 24 de febrero del año 1938, ante el Notario de Santander D. Ignacio Alonso Linares, escritura de manifestación y aceptación de herencia con renuncia de derechos, en la que, después de inventariar dos pequeñas fincas heredadas por el causante y de renunciar la viuda a cuantos derechos pudieran corresponderle en la sucesión de éste y a los gananciales, si los hubiere, se adjudicaron dichas dos fincas por iguales partes y proindiviso a los cuatro nombrados hijos; al ser presentada la misma en el Registro de la Propiedad de Santander, con el testamento antes relacionado, en donde, en la comparecencia, se hizo constar que el otorgante "tiene cédula personal del ejercicio corriente y no puede presentarla, pero lo hará dentro del plazo legal para tomar nota de ella", y tres certificaciones, además, para cumplir lo prevenido respecto al Registro de testamentos: una, autorizada en Burgos, el 21 de febrero de 1938, por el Secretario del Colegio Notarial; otra, suscrita en Vitoria, el 16 de febrero del mismo año, por el encargado del Registro General de Actos de Últimas Voluntades, ambas negativas, y otra, autorizada en Santander, el 10 de marzo de 1938, por el Secretario del Juzgado municipal del distrito Oeste de dicha ciudad, en la cual se hace constar que para suplir la certificación relativa a los actos de última voluntad de D. Manuel García Ruiz, se instruyó un expediente, del cual resulta acreditado que el causante falleció en Santander el día 30 de abril de 1937, bajo testamento otorgado el día anterior ante el Notario habilitado D. Víctor Sáinz Trápaga; se puso por el sustituto del Registro de la Propiedad de Santander la siguiente nota:

"No admitida la inscripción del precedente documento por adolecer de los siguientes defectos: 1.º El testamento en que se funda no es auténtico, toda vez que se halla autorizado por un Notario que carece de fe pública fuera de su distrito, conforme al artículo 110 del vigente

Reglamento Notarial, sin que se demuestre su habilitación anterior al 18 de julio de 1936, ni la posterior para su validez, emanada de las autoridades o entidades a que se refiere el Decreto núm. 56, dado en Salamanca el 1.º de noviembre de 1936. 2.º Falta la diligencia reseñando la cédula personal, ya que no se presentó ésta al otorgarse el testamento. Y 3.º Los certificados del Colegio Notarial y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad acompañados son negativos y, por lo tanto, resultan contradictorios con el título invocado. Tampoco procede la anotación de suspensión, por impedirlo el primero de los defectos apuntados."

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, al efecto de que se declarase se hallaba extendida con arreglo a las formalidades legales, la Dirección, confirmando el auto apelado, que revocó los defectos 1.º y 3.º de la nota calificadora, y que en cuanto al 2.º, o sea respecto a la omisión de la cédula, manifestó, abundando en lo expuesto por el Presidente, que como no se padeció en la escritura calificada, sino en el testamento, y éste no se halla autorizado por el Notario recurrente, por lo que no es imputable al mismo el incumplimiento de tan secundario requisito, ni afecta tal omisión a la escritura de la cual dió fe, por lo que es claro que carece de personalidad para recurrir; y a más, también, de los razonamientos—en extracto—del encabezamiento, adujo, por lo que se refiere al 3.º de los defectos, que si bien el último párrafo del artículo 71 del Reglamento Hipotecario reputa defecto subsanable no presentar el certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, no relacionarlo en el título o resultar contradictorio con éste, tal precepto fué modificado por el artículo 370 del anterior Reglamento Notarial con un criterio de flexibilidad que se mantuvo en el artículo 15 del Anexo II del vigente Reglamento, conforme al cual, presentado el certificado, "podrán" los Registradores de la Propiedad efectuar la inscripción solicitada, cualquiera que sea el contenido del mismo.

(Pueden consultarse las resoluciones de 23 marzo 1889, 27 mayo y 20 julio 1902, 13 julio 1933 y 30 junio 1939.)

G. CÁNOVAS Y COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

BIBLIOGRAFIA

Repercusiones jurídicas de la guerra ("Deutsches Recht", núms. 34-35, del 31 de agosto de 1940).

La guerra se plasma en la legislación de una manera palpable. El Decreto del 29 de julio de 1940 del Reich nos brinda un ejemplo. Se ocupa de todas aquellas personas que tenían derecho a exigir periódicamente pago en especie. Piénsese, por ejemplo; en obreros campesinos, en usuarios, etc. La legislación de abastecimientos ha hecho imposible jurídicamente, en muchos casos, esas obligaciones. El citado Decreto, resolviendo dudas de la práctica, establece la conversión de aquella deuda en especie en una obligación pecuniaria, fijando como decisivo el precio del productor.

Otro problema resulta del paro forzoso producido por la alarma por razón de aviones enemigos. El 30 de noviembre de 1939 recomendó el Ministro de Trabajo a los empresarios que intentasen, en primer lugar, recuperar el tiempo perdido mediante horas extraordinarias dentro de seis semanas; y caso de que eso no fuese posible, en segundo lugar, que entregasen a los obreros pagados por horas o a destajo el 50 por 100 del salario perdido. El 17 de mayo de 1940 cobró la mencionada recomendación fuerza obligatoria. La indemnización se aumentó hasta el 90 por 100 del salario perdido, en la medida en que el obrero tiene que alimentar un menor o un mayor número de personas. El Estado indemniza a su vez a los empresarios particulares (Ordenanzas del 7 y del 19 de junio de 1940). Los daños producidos por el bombardeo pueden ocasionar también un paro forzoso. En este caso, hay que intentar utilizar a los obreros en la misma empresa para otros trabajos o en otras empresas. Si eso no fuera posible, los obreros parados pueden reclamar el 75 por 100 de su salario (Ordenanza del 6 de junio

de 1940). El Estado indemniza también, en este caso, al empresario particular. La falta de alumbrado ha ocasionado una multitud de ordenanzas que se ocupan de la pintura de ciertas partes de la calle, etc., y que pueden dar lugar a una responsabilidad.

Sugerencias para una nueva institución en el Derecho de sociedades mercantiles.

En el núm. 36, del 7 de septiembre de 1940, de la Revista *Deutsches Recht*, el Notario Dr. Dietrich critica severamente ciertas ideas expuestas en el renombrado periódico alemán *Frankfurter Zeitung*. El periódico propone la creación de un procedimiento especial, encargado a peritos mercantiles, para fijar autoritariamente el valor de acciones, así como las bases de ciertos contratos de alianza entre sociedades mercantiles. La vida económica parece revelar, con frecuencia, en Alemania ofrecimientos de acciones de parte de grandes accionistas a otros accionistas de la misma sociedad. Sin embargo, se opone el Notario Dr. Dietrich a la competencia de los peritos mercantiles en este caso. Se trata de un contrato de compraventa o de permuta de interés particular, y no se justifica, por ende, la intervención autoritaria de una instancia oficial. El segundo caso para el que el periódico defiende la competencia de la nueva y proyectada autoridad, es el de contratos de alianza entre sociedades mercantiles, previstos en el art. 256 de la nueva Ley de acciones alemana, contrato éste que encarna una fase preparatoria de la fusión. En caso de vicios en aquel contrato, no hay otro remedio, según el Derecho vigente alemán, que el procedimiento judicial de anulación, que conduce a la nulidad del contrato. El *Frankfurter Zeitung* desea también, en esta hipótesis, la intervención de los peritos mercantiles para que, ya en la formación misma del contrato, intervengan autoritariamente, fijando las condiciones del acuerdo. El Dr. Dietrich rechaza también esta forma de intervención. La Ley de acciones requiere, para la celebración de los mencionados contratos, una mayoría de la asamblea general correspondiente a tres cuartas partes del capital representado. Esta exigencia ofrece bastante garantía. Además, no se comprendería que los contratos de alianza necesitasen más seguridades que los de fusión, que producen la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad.

ADOLF SCHÖNKE.—*Zwangsvollstreckungsrecht* ("Derecho de ejecución forzosa").—Berlín. Decker's Verlag, 1939, ps. 267.

La obra que tenemos a la vista representa el complemento del *Derecho procesal civil*, que fué publicado recientemente por el mismo autor, catedrático de Derecho procesal en Friburgo. Un librito, *Das Zivilprozessrecht des Krieges* ("El Derecho procesal civil de la guerra") (Berlín, Decker's Verlag, 1940, págs. 64) de la misma pluma expone las modificaciones legales introducidas en el Derecho procesal por la actual contienda, y forma así un apéndice a ambos Manuales.

Una exposición de la ejecución forzosa tiene para España mucho interés, puesto que la Ley de Enjuiciamiento civil resulta, en este punto, sobremanera deficiente. Como se sabe, encuéntranse los preceptos generales sobre ejecución forzosa en los arts. 919 a 958. Estas disposiciones legales no informan sobre la manera de realizar el embargo, ni tampoco sobre el avalúo y la venta de los bienes embargados. En lo atinente a ambos extremos, se refiere la Ley (arts. 921 y 922) a las reglas especiales sobre el juicio ejecutivo (arts. 1.447 a 1.456 y 1.494 a 1.531). Las tercerías, que debieran formar parte de las disposiciones generales, se hallan asimismo en el título especial referente al juicio ejecutivo (arts. 1.532 y sigs.), desde donde han de transportarse a su sitio debido (art. 1.543). En ninguna parte se reglamentan recursos especiales para hacer valer defectos formales de la ejecución o para esgrimir excepciones materiales (por ejemplo, pago de la deuda después de la sentencia condenatoria). Puede desprenderse de dos casos especiales previstos en la Ley (arts. 928 a 931 y 932 y sigs.), de que todas las cuestiones que surgen en la fase ejecutiva deben abordarse como incidentes (arg. arts. 937, pár. 1.º, y 944).

La obra de Schönke consta de siete libros: 1.º) Fundamentos del Derecho de la ejecución forzosa; 2.º) Los órganos de la ejecución y el procedimiento de ejecución forzosa; 3.º) Los presupuestos de la ejecución forzosa; 4.º) El objeto de la ejecución forzosa; 5.º) Las diferentes clases de la ejecución forzosa; 6.º) Los recursos en la ejecución forzosa; 7.º) El aseguramiento de la ejecución forzosa. Schönke confronta al principio dos concepciones opuestas sobre la esencia de la ejecución forzosa. Según la opinión de Wach, cada ciudadano tiene una pretensión de Derecho público contra el Estado (derecho subje-

tivo a la ejecución forzosa), para que los órganos estatales de la ejecución realicen los actos de ejecución solicitados, con tal que existan sus presupuestos legales. Según la concepción antitética, dimanante de las ideas de Klein, no existe un Derecho subjetivo contra el Estado. Schönke atribuye la tesis de Wach a un enfoque liberal; y se adhiere a la concepción más adecuada al punto de vista totalitario (págs. 3 y siguientes). La lucha en torno al efecto del embargo tiene relaciones con su posición en el anterior problema. La mayoría de los autores creen todavía que el embargo produce una sumisión de la cosa embargada al Poder estatal ("Verstrickung") y un derecho de prenda de Derecho civil a favor del ejecutante ("Pfändungspfandrecht"). La su misión se efectúa siempre que el embargo sea formalmente válido; mientras que el derecho de prenda sólo se realiza si el crédito, que formó la base de la sentencia condenatoria, sigue existiendo. Schönke sigue, en cambio, la opinión de una minoría (Bunsen, Baumbach), que conciben el embargo como generatriz de la sumisión de la cosa embargada al Poder estatal, sin que acepten el derecho de prenda. Así puede embargarse eficazmente una cosa que no pertenece al ejecutado; también admiten el embargo de una cosa del acreedor, mientras que se desconoce una prenda referente a cosa propia; finalmente, no exigen la existencia de un crédito principal, y abandonan, por lo tanto, el principio de la accesoriedad en esta materia. Hay que reconocer que el punto de partida publicista de Schönke conduce forzosamente a la negación de efectos iusprivatistas de la ejecución (págs. 128 y sigs.). El Derecho alemán conoce cuatro recursos especiales de la fase ejecutiva. El "recuerdo" ("Erinnerung") hace valer defectos formales en la ejecución (p. ej., embargo de cosas que no se deben embargar). La "queja inmediata" ("sofortige Beschwerde") se dirige contra todas las resoluciones que pueden dictarse sin debate oral. Con la "contrademanda de ejecución" ("Vollstreckungsgegenklage") esgrime el deudor excepciones materiales (p. ej., pago después de la sentencia que se ejecuta). La "demanda de contradicción" ("Widerspruchsklage") corresponde a la "tercería".

No podemos entrar en más detalles. Pero no olvidemos destacar que el libro de Schönke cumple todas las condiciones de un libro destinado para la juventud: claridad expositiva e indicación de los problemas teóricos fundamentales.

La "Parte general" del Derecho administrativo ("Deutsches Recht", número 37, del 14 de septiembre de 1940).

El doctor Cerutti acaba de publicar un libro sobre "La Parte General del Derecho administrativo y la Jurisprudencia administrativa. Proyecto de una ley" (Leipzig, Seifert, 1940, págs. 139). El profesor Naumann, de Kiel, somete esta obra a una crítica severísima. La obra de Cerutti nace de concepciones liberalistas; y se supera, por lo tanto, el Proyecto de una ley administrativa de Wuerttemberg del año 1931, cuya inidoneidad para el nuevo mundo nacionalsocialista salta a la vista. Cerutti parte del dogma de la división de poderes. Define la Administración como aquella actividad que ejecuta las leyes para servir al Pueblo, y que no se realiza por los Tribunales. Como se ve, adopta Cerutti el principio liberal de la juridicidad de la Administración. Pero en el Estado nacionalsocialista, la Administración ya no está ligada por las leyes. La juridicidad de la Administración conduce a Cerutti a prohibir el derecho consuetudinario "contra legem". Naumann rechaza, con el principio, también su corolario. Después de esta crítica de los fundamentos ideológicos de la obra, Naumann se dirige contra la posibilidad de una codificación del Derecho administrativo en general. En su entender, no existen, p. ej., motivos generales de nulidad para todos los actos administrativos. También en esta cuestión parece que Cerutti sigue todavía cautivo del normativismo; en lugar de haberse convertido al pensamiento concreto jurídico y ordenatorio de Carl Schmitt ("konkretes Rechts-und Ordnungsdenken"). En resumidas cuentas: liberalismo y normativismo caracterizan la citada obra, incorporándola, en consecuencia, a una época pasada; puesto que hemos de combatir apasionadamente el adagio escéptico de Otto Mayer: "El Derecho político desaparece; y el Derecho administrativo permanece."

Indemnización de daños morales (véase "Deutsches Recht", núm. 34, del 24 de agosto de 1940).

El abogado Schneider somete a un interesante examen el art. 847 del Código civil alemán. El C. c. alemán preceptúa la restitución "in natura" de la situación perturbada, y la indemnización pecuniaria, caso de que la restitución no fuera posible. Si el daño moral es repa-

rable mediante la restitución (p. ej., retractación del ofensor), el culpable debe realizarla (art. 249 C. c. alemán). Si, en cambio, el único remedio del daño moral consiste en una indemnización pecuniaria, el culpable no tiene que prestarla sino en los casos expresamente previstos por la Ley (art. 253 C. c. alemán). Uno de estos casos se halla en el art. 847, que establece lo siguiente: "En el caso de lesiones o de privación ilegal de la libertad, el perjudicado puede reclamar indemnización también por razón del daño moral. Esta pretensión es intransferible y no se hereda, a no ser que haya sido reconocida por contrato o que sea ya litigiosa." El citado artículo quiere recompensar los dolores del perjudicado, la disminución de sus diversiones, etc. El ensayo del Sr. Schneider se ocupa de una interpretación del término "litigiosa", que carece de interés para nuestros lectores. No olvidemos mencionar que en España el Tribunal Supremo niega en varias sentencias de la Sala de lo criminal la obligación de indemnizar daños morales (S. 6-XII-1882), mientras que la Sala de lo civil defiende la doctrina contraria (S. 6-XII-1912, 14-XII-1917, 10-VII-1928). Las leyes españolas no resuelven este problema. Sin embargo, encontramos ciertos indicios en el Código penal, que recompensa económicamente el daño moral, tanto en el caso del art. 105, teniendo en cuenta el valor de afección, como en el caso de los arts. 444, núm. 1 y 473, que obligan a los reos de violación, estupro o rapto a dotar a la ofendida, si fuere soltera, viuda o divorciada, precepto que por su origen histórico (piénsese en la alternativa del Derecho canónico: "duc aut dota") no puede considerarse como dirigida tan sólo a la indemnización del daño económico que se produce como efecto remoto de la tara moral (efecto próximo del crimen en la persona de la víctima), sino como atinente a la indemnización de esta misma. La exclusión de la mujer casada no significa que no le es indemnizable el daño moral sufrido, sino que no lo es en forma de dote. Desde este punto de vista aparece excepcional el art. 44 del C. c. español, que limita la indemnización por motivo de incumplimiento de los esponsales del futuro a los daños materiales, excepción explicable por la finalidad del legislador de no coaccionar en lo más mínimo a las partes a contraer matrimonio.

LA REDACCIÓN.