

REVISTA · CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVI

Mayo de 1940

Núm. 144

TEMAS ACTUALES

I

La reconstrucción de Registros

Voy a dedicar unas breves observaciones a alguno de los problemas que la reconstrucción registral ha planteado, atendiendo, más que a orientaciones doctrinales, a las enseñanzas de la práctica y a los temas que la propia experiencia me ha sugerido. Tras unas consideraciones generales sobre la *forma y tiempo* de la reconstitución, trataré de tres cuestiones específicas: *documentación* hábil para la reconstitución de asientos; *reconstitución de asientos de dominio y posesión*, y *reconstitución de asientos de derechos reales* impuestos sobre el dominio.

FORMA DE LA RECONSTRUCCIÓN.—Dada la magnitud de la catástrofe registral y el número de Archivos destruidos (cerca de un veinte por ciento de los demarcados en todo el territorio nacional), y supuesto el deseo casi unánime de remozar la institución, perfeccionándola y dotándola de mayor eficacia, que se sentía desde hace lustros, no tiene nada de extraño que se pensase en que la reconstrucción de los Registros destruidos se efectuase bajo normas formales, distintas a las vigentes, que diesen, por lo menos, nueva estructura a los asientos.

Así lo prometía, de modo explícito, el preámbulo de la Orden de 30 de diciembre de 1936, dictada por la Presidencia de la Junta Técnica del Estado, en el que se decía: "El nuevo Estado habrá de acudir con

rapidez a la reconstitución de esas oficinas; pero entre tanto no se dictan las normas legales indispensables al efecto, con el cuidado necesario para que los Registros reconstruídos lo sean *con la perfección máxima aconsejada por las más modernas y elevadas doctrinas científicas del derecho inmobiliario, practicadas por las naciones más cultas y progresivas*, es indispensable establecer medios adecuados..."

Sin embargo, la ley fundamental de la reconstrucción, la de 5 de julio de 1938, que, en parte, deja vigente y en parte modifica la de 15 de agosto de 1873, ha respetado en su integridad las normas esenciales y adjetivas que rigen nuestra institución, manteniendo para los Registros que se han de reconstruir los principios sustantivos y los principios formales del sistema.

Aunque con ello se haya defraudado a los espíritus ávidos de novedades, es merecedor de encomio el criterio del legislador.

La tarea de la reconstrucción registral era urgente, inaplazable. Por el contrario, la labor de reformar la legislación inmobiliaria, en sus más profundas bases y en sus elementos formales, tenía que ser lenta y reposada, y no era de perentoria urgencia. Por otra parte, el mecanismo del Registro es tan delicado que resulta peligroso, como afirmaron los redactores de la primitiva Ley, modificar fragmentariamente los preceptos que le regulan.

Por ello, merece resaltarse el acierto con que el legislador de 1938 ha rehuído el acometer una reforma que por fuerza habría de resultar poco meditada. Se conformó con modernizar, completar y perfeccionar la Ley a la sazón vigente—ya muy antigua, pues databa de 1873—, y respetó para la reconstitución las formas registrales—libros, asientos, solemnidades, circunstancias, etc.—que la legislación vigente impone.

Únicamente se echa de menos que, al desenvolver los preceptos de la Ley, las normas complementarias no hayan establecido algunos modelos, a semejanza de lo que hizo el Reglamento de 6 de agosto de 1915, en los que se diese la mínima extensión a los nuevos asientos, que resultan más profusos que los ordinarios, por las diversas circunstancias que han de contener y recargan el ya de suyo penoso trabajo que pesa sobre los Registradores y sus auxiliares durante el período de reconstitución.

TIEMPO DE LA RECONSTITUCIÓN.—Otro problema previo suscitado al legislador es el del plazo en que la reconstrucción había de llevarse a efecto.

Por un lado, el plazo tenía que ser dilatado, dada la magnitud del estrago que debía reponerse. Centenares, y aun millares, de títulos habrían de reinscribirse en cada Registro. La labor de lo que va de siglo, reproducida en un plazo que, por eso mismo, no podía ser corto.

Por otro lado, una amplitud excesiva del período reconstitutivo era grave para los mismos legítimos intereses que se quería tutelar. En efecto: durante el período reconstitutivo quedan en suspenso los artículos 17, 20, 23 y 34 de la ley Hipotecaria y todos los que se refieren a los efectos atribuidos por la misma a la falta de inscripción o anotación de un derecho, a tenor del artículo 14 de la Ley de 1873, cuya vigencia mantiene la de 5 de julio de 1938. Además, conforme al artículo 14 de esta última, no pueden extenderse durante dicho plazo inscripciones de posesión que dimanen de expediente judicial o de certificación posesoria expedida por autoridad con facultad para ello, ni tampoco las que se pretendan al amparo del apartado 3.º del artículo 20 de la ley Hipotecaria. Significan estas restricciones que durante el tiempo de la reconstitución, la inscripción, mejor dicho, la reinscripción, queda temporalmente privada de sus singulares efectos e inmunidades, de los privilegios del sistema inmobiliario. El principio de inscripción, el de tracto sucesivo, etc., quedan en suspenso: las inmunidades contra títulos anteriores no inscritos, contra títulos posteriores no otorgados por el titular registral, contra acciones de nulidad, rescisorias y resolutorias; contra títulos no inscritos, en general, etc., paralizan su eficacia, en la que radica la virtualidad positiva y negativa del sistema; y hay que presumir, aunque expresamente no lo diga la Ley de 1873, por razones cronológicas, que también queda en suspenso la efectividad positiva, de atribución de posesión real al titular inscrito, corolario del artículo 41. Por todo ello, el crédito territorial se colapsa durante el plazo reconstitutivo; y los titulares registrales padecen las consecuencias de ver restringida la efectividad de su titularidad, inapta, por ejemplo, para servir de garantía a entidades de crédito inmobiliario.

Por tales consideraciones, el legislador ha conservado en la Ley de 1938 el plazo de un año que establecía la de 1873 para la reconstitución de Registros destruidos; pero, ante su notoria insuficiencia, ha concedido una prórroga de carácter general de seis meses más, por Orden de 9 de enero de 1940, sin perjuicio de las prórrogas especiales para cada Registro especialmente autorizadas por el artículo 12 de la Ley.

En rigor, la tarea de reconstituir un Registro, si se realiza sin espe-

rar a las nuevas transmisiones—posteriores a la destrucción—, es tan ingente, tan ardua, que en los Distritos de buena tradición inmobiliaria, de titulación registral correcta, por arraigo del sistema en la conciencia jurídica popular, cabe asegurar que ni en un año ni en dos podrá llevarse a efecto.

DOCUMENTACIÓN HÁBIL PARA LA RECONSTITUCIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.—En términos generales, es título hábil para este efecto el mismo título (en su acepción de documento) que hubiere estado inscrito o anotado en el Registro antes de la destrucción de éste. Se reconstituye un asiento mediante el mismo título que originariamente lo motivó. Así lo dispuso el artículo 4.º, párrafo 2.º, de la Ley de 15 de agosto de 1873, y así lo confirma el artículo 3.º de la Ley de 5 de julio de 1938.

Este documento ha de contener la nota de la primitiva inscripción, que debe transcribirse en la reinscripción (art. 10 de la Ley del 38, *in fine*), pues la fecha de aquélla, así como sus modalidades, son circunstancias de capital importancia, singularmente la primera, en torno a la cual ha de girar toda la efectividad de la reinscripción, por su carácter retroactivo.

Puede no existir el mismo título que sirvió de base documental para la primitiva inscripción, y para tal supuesto, la Ley de 1938—en su artículo 15—arbitra el remedio de las segundas y posteriores copias expedidas sin los requisitos exigidos por el artículo 18 de la ley del Notariado. Claro es que para que estas segundas o posteriores copias produzcan verdadera reinscripción, con su peculiar efecto retroactivo, es preciso—conforme exige el art. 4.º de la Orden de 18 de noviembre de 1938—que contengan ellas mismas o en otras la reseña de la inscripción del derecho del transferente y que se acompañe documento fehaciente, que acredite haber estado ya inscrito el acto o contrato de que se trate. No ha de ser de fácil realización práctica esta hipótesis; sin embargo, hay casos en que puede serlo, como cuando se conservan sin destruir los libros Diarios, y de ellos pueden certificarse los detalles y fecha de la inscripción originada por las primeras copias. A falta de justificación de dicho extremo, habrá el interesado de acompañar declaración jurada afirmando haber estado inscrita la primera copia de la escritura; pero en tal caso el asiento que se practique ya no surte los efectos de las verdaderas reinscripciones, sino los más limitados, y desde su fecha que

atribuye la Ley a las inscripciones de las actas de notoriedad, o sea los mismos que surten las inscripciones practicadas al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la ley Hipotecaria.

Y, finalmente, para el supuesto de no existir el título primitivamente inscrito, ni ser posible la expedición de segunda o posterior copia, por destrucción del correspondiente protocolo o archivo, la Ley de 1938, separándose de la de 1873, estatuye un novísimo procedimiento supletorio: el acta de notoriedad, respecto a la que no es preciso añadir nada a lo que minuciosamente dispone la propia Ley y las normas complementarias dictadas por la Orden de 18 de noviembre de 1938. La Ley del 73, para esos supuestos de falta del título anteriormente inscrito y pérdida o destrucción de los originales y matrices de los mismos, autorizaba la reinscripción del dominio o la posesión por cualquiera de los medios o expedientes establecidos por la legislación Hipotecaria; pero, como con arreglo a la Ley de 5 de julio de 1938, los expedientes posesorios no pueden ser inscritos, sino solamente anotados preventivamente, durante el período reconstitutivo, resulta explicable que haya implantado un nuevo procedimiento supletorio, más eficaz que la información posesoria, cual es el acta de notoriedad, cuyos efectos registrales se asimilan a los de las inscripciones practicadas al amparo del párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley. Claro es que, en definitiva, tampoco en este supuesto se trata de verdaderas reinscripciones, sino de inscripciones nuevas de derechos que estuvieron anteriormente inscritos.

Echase de menos en este ordenamiento legal la admisión de las certificaciones del propio Registro, que equivalen a la reproducción gráfica de los asientos. Conozco las objeciones que se han formulado a la admisión de este medio documental de rehabilitar asientos, fundadas en que la jurisprudencia ha negado el valor de "título de propiedad" a los certificados del Registro. Pero aquí no se trata de discernir derechos, de enfrentar titulaciones ni de admitir como irrevocables los pronunciamientos registrales. Se trata, simplemente, de reconstituir asientos, de volver a insertar en el Registro sus anteriores declaraciones, y para ese traslado nada más idóneo que la propia certificación solemne, que es un documento fehaciente que satisface todas las exigencias de la Ley de reconstrucción, aunque no sea título irrevocable de propiedad—y sabido es que en nuestro sistema, a diferencia del instituido por el Acta Torrens, por ejemplo, tales títulos no existen.

El que con posterioridad a la fecha de expedición de la certificación

haya sufrido modificaciones el estado registral de las fincas o derechos, no es serio obstáculo a la admisión con valor reconstitutivo de tales documentos auténticos. También después de inscrita una escritura o cualquiera otro de los títulos admitidos por la legislación Hipotecaria, pueden haberse producido esas modificaciones, y, sin embargo, su reinscripción no puede denegarse, mientras no consten en el Registro tales obstáculos. En todo caso, cuando dentro del plazo se presente el título posterior que hubiere estado inscrito, se cancelarán las reinscripciones contradictorias.

Pero hay, además, casos singulares en los que parece de absoluta necesidad la admisión de certificaciones registrales como títulos suficientes para la rehabilitación de asientos. Aludo a las informaciones posesorias antiguas, anteriores a la Ley de 1909, que se inscribían mediante la presentación en el Registro del expediente original que, una vez inscrito, se archivaba en el Juzgado que lo tramitó y aprobó. Ha sido frecuente la simultánea destrucción de los archivos del Registro y de los Juzgados. En tales supuestos, el poseedor—ya propietario, pues por el transcurso de más de diez años su inscripción posesoria se ha convertido en inscripción de dominio—sólo tiene, como prueba de su derecho, el certificado literal, o en relación amplia, comprensiva y suficiente, que era costumbre expedirle cuando el expediente se inscribía y devolvía al Juzgado.

¿Por qué no admitir, como título de reinscripción, ese documento fehaciente, indubitado, que era, por otra parte, el título de su derecho, el que utilizaba para enajenar y gravar las fincas a que se refería?

RECONSTITUCIÓN DE ASIENTOS DE DOMINIO O POSESIÓN.—Normalmente, ésta se efectúa mediante la presentación de los títulos mismos que hubieren estado anteriormente inscritos. Y defectivamente, y a fin de facilitar la inscripción de los derechos reales que graven, limiten o condicionen el dominio o la posesión, mediante la presentación de estos otros títulos de gravamen, etc., en ciertas condiciones. De ellos trataremos después.

La reinscripción normal del dominio o de la posesión no suele presentar problemas, y los que la realidad ofrece no son de grave dificultad. Con un buen sistema de índices, no es fácil el caso de doble reinscripción. Y si se obtiene innecesariamente reinscripción de un dominio o posesión caducados, inexistentes, la reinscripción morirá irremisiblemente.

mente en cuanto dentro del plazo reconstitutivo tenga acceso al Registro al derecho vivo y contradictorio que también hubiere estado inscrito, aunque rompa el tracto sucesivo y no concatene o enlace con aquél.

Los problemas surgen cuando se trata de entidades objetivas registrales que hayan experimentado en el transcurso del tiempo las mutaciones o transformaciones que la técnica del Registro permite y regula: divisiones, segregaciones, agrupaciones, etc.

Supongamos que se reinscribe una finca, formada, como nueva e independiente, por segregación de otra de mayor cabida; y que después, dentro del plazo reconstitutivo, viene a reinscribirse la finca matriz de que se segregó la anterior. Si este segundo título contiene nota, notarial o registral, de la segregación efectuada, no hay problema. Aunque no la contenga, si los nuevos índices se llevan con meticulosidad exquisita, y al reinscribir la parcela se ha consignado en ellos el número antiguo que tenía la finca matriz, puede no surgir tampoco grave problema, pues el Registrador, que en la busca habrá identificado la procedencia de la parcela con la finca matriz que ha de reinscribir, deberá consignar que de ésta aparece segregada, según consta en otra reinscripción, la parcela de que se trate. Pero hay infinidad de casos en que las parcelas segregadas, ya consideradas como fincas autónomas, con número propio en el Registro, han sido objeto de sucesivas transmisiones y en los últimos títulos no suele aludirse para nada a su origen, a la finca matriz de que proceden. En tal supuesto, muy frecuente, la parcela se reinscribe sin inconveniente, y probablemente se reinscribirá también la finca matriz entera, o viceversa, dándose el caso, inevitable, de la doble reinscripción.

No digamos nada de los casos más complicados de segregación de varias parcelas de diversas fincas para formar una nueva, o de agregación de porciones a otra finca de mayor cabida; de edificación en solares segregados, etc. No siempre se podrá evitar la existencia de reinscripciones contradictorias, en cuanto a la extensión objetiva del derecho, y la contradicción habrá de ser resuelta por decisión judicial competente.

RECONSTITUCIÓN DE ASIENTOS DE DERECHOS REALES.—Sabido es que los derechos reales constituídos sobre el dominio o la posesión no pueden inscribirse sin que previamente lo esté el derecho básico (posesión o dominio) que les sirve de soporte.

Acaso pudiera haberse prescindido de esta lógica exigencia durante

el período reconstitutivo, para facilitar la eficaz protección registral de los derechos asegurados con garantía inmobiliaria y no obstaculizar su rápida reinscripción; pero tanto la Ley de 1873 como la de 1938 no han querido admitir ni excepcionalmente una desviación a ese principio cardinal de nuestra técnica, y exigen, para que el titular de un derecho real pueda reinscribirlo, el que se reinscriba, o, por lo menos, se acredite fehacientemente la adquisición del dominio o posesión de la finca afectada por quien sea su titular (art. 6.º de la Ley del 73 y 6.º de la Orden de 18 de noviembre de 1938).

Siendo ello así, compréndese la dificultad de la reinscripción de tales derechos reales cuando el propietario o poseedor de la finca gravada no han reinscrito su derecho dentro del período de reconstitución. El legislador ha arbitrado, no sólo el remedio preventivo de la anotación—por todo el tiempo del período reconstitutivo y treinta días más—, sino que ha autorizado que el mismo título de constitución del derecho real sirva para la reinscripción del dominio o posesión.

La nueva Ley ha sido muy explícita. El párrafo segundo del artículo 2.º califica de título bastante para la reinscripción de la posesión o del dominio (a falta de sus títulos propios que contengan la nota de haber estado inscritos) la escritura de constitución, modificación o extinción de hipoteca o de cualquier otro derecho real que contenga la nota de haber sido inscrita anteriormente a la destrucción, "siempre que del contenido de tal documento aparezcan las circunstancias esenciales de la adquisición del dominio o de la posesión".

Esta salvedad es la que origina las dificultades. ¿Qué se ha de entender por tales circunstancias esenciales de la adquisición? Si se refieren solamente al título jurídico—en su acepción de acto causal—de la adquisición (herencia, compra, donación, etc.) y al título formal (documento) en que se exteriorizó (escritura, acta, sentencia, etc.) y a los elementos externos del mismo (fecha, funcionario autorizante, etc.), no sería difícil esta clase de reinscripciones del dominio o de la posesión, no instadas por el dueño ni por el poseedor. Pero en seguida échase de ver que tales circunstancias de la adquisición, por muy esenciales que sean, no coinciden con las circunstancias esenciales de la inscripción, conforme a la legislación hipotecaria general, ni con las especialísimas de la reinscripción, conforme a la legislación especial de reconstitución de los Registros destruidos.

En efecto: las circunstancias generales que obligatoriamente exige

para toda clase de inscripciones el artículo 9.º de la ley Hipotecaria y las especiales que para determinadas clases de inscripciones exigen los artículos siguientes, no es fácil, ni mucho menos, que resulten de los títulos de constitución, transferencia o extinción de derechos reales. Y la circunstancia especialísima que para los asientos de reinscripción exige el artículo 10 de la Ley de 1938 (consignar en *todos* los asientos de reconstitución la nota de inscripción que lleve el documento presentado) sólo se podrá cumplir en cuanto a la nota de inscripción del derecho real limitativo, pero no en cuanto a la inscripción del dominio o posesión afectados. Y no se olvide la capital importancia que para la reinscripción tiene la constancia de la fecha de la inscripción que se rehabilita, pues el rango o jerarquía de los asientos reconstituídos no se determina por su fecha actual, sino por la que correspondía a las inscripciones destruídas (art. 8.º de la Ley de 1938). Y que esta circunstancia—la de la fecha de la primitiva inscripción, de posesión o dominio—no es fácil tampoco que conste en un título de gravamen.

Por tales razones, parece ser que en la práctica ha tenido escaso desenvolvimiento la reconstitución de inscripciones dominicales o posesorias en virtud de títulos de constitución, modificación o extinción de hipoteca u otros derechos reales, y por ello, y ante la necesidad de facilitar a los particulares y entidades de crédito inmobiliario la reinscripción de sus derechos, la Orden de 29 de febrero del año en curso, con plausible criterio, ha autorizado a los titulares de derechos reales (*poseedores*, dice, con tradicional y no muy afortunado tecnicismo) para que durante el periodo reconstitutivo puedan solicitar, con derecho a intervenir en las diligencias previas, la reinscripción en dominio o en posesión de la finca gravada, o instar la rehabilitación de los respectivos asientos por medio de acta de notoriedad a favor del respectivo propietario, al cual podrá exigir los gastos causados cuando, notificado notarial o judicialmente del propósito del titular de obtener la reinscripción, hubiera dejado transcurrir más de treinta días sin haberla solicitado.

En cuanto al rango registral de los derechos reales, de tanta trascendencia por lo que respecta a las hipotecas, la Ley es clara y terminante: cualquiera que sea la fecha de la reinscripción (dentro del periodo reconstitutivo) y el orden de los asientos, el rango se determina por el que tuvieran según sus respectivas fechas los asientos destruídos.

CONCLUSIÓN.—Llevada a feliz término la reconstrucción, los Registros destruidos resurgirán a la vida inmobiliaria rejuvenecidos y con pronunciamientos vigentes y efectivos. Desaparecerá en ellos el fárrago de viejas inscripciones canceladas por sucesivas transferencias y multitud de cargas arcaicas, viejos residuos de las antiguas Contadurías. Los Registros reconstruidos responderán a la realidad jurídica, con la que han de guardar el anhelado paralelismo.

Y cuando se piensa en los demás Registros, y se presiente que sus libros serán en porvenir no lejano de tan complicada consulta como el deficiente Registro francés, con sus tablas, repertorios y legajos, se comprende la necesidad de remozar la institución, arbitrando un procedimiento, legal, práctico y sencillo, para que, bien a instancia de los interesados, bien por iniciativa del Registrador, pueda, al inscribirse un título traslativo del dominio o posesión, comenzar de nuevo la historia registral del inmueble a que se refiera, abriendo nuevo folio y nuevo número a la finca y al asiento en el libro corriente y declarando cancelado y sin valor todo el anterior historial, y, previo un procedimiento fácil y eficaz de "purga" o depuración de gravámenes, afirmando que el actual estado jurídico-registral de la finca queda íntegramente expresado en el nuevo y primer asiento de la finca.

La experiencia que los Registros reconstituídos van a ofrecer en plazo no lejano permite este vaticinio: nuestro Registro, un poco abrumado por el peso de sus setenta y siete años de asimilación continua, necesita aligerarse y remozarse, y ello puede conseguirse, sin violencia alguna ni modificación de sus principios sustantivos y formales, con receta tan simple como es la de "empezar de nuevo"... Empezar de nuevo, claro es, sin establecer soluciones de continuidad con lo antiguo, sino tomando precisamente como punto de partida todo lo útil, lo aprovechable y lo vivo del pasado.

Las horas actuales son propicias a la renovación de nuestro instrumental jurídico y social. Reconstituir los Registros destruidos y contribuir a que los Registros del siglo pasado se pongan a tono con el siglo actual, es obra eminentemente patriótica y que ha de coadyuvar, en no pequeño grado, al esfuerzo nacional colectivo, que en la postguerra sólo puede tener un lema: el resurgimiento de España en todas las manifestaciones de la vida nacional.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL

Registrador de la Propiedad.

II

Asiento contradictorio durante la reconstitución del Registro

La eficacia de la antigua Contaduría de Hipotecas y el texto del artículo 20, tal como quedó redactado con la reforma del 69, explican suficientemente los artículos 2.º al 8.º de la Ley de 15 de agosto de 1873. La ineficacia, hoy, de aquellos antiguos y archivados libros y el actual artículo 20 explican igualmente la derogación expresa, tácita, y la simple modificación que necesariamente han tenido que padecer los citados preceptos de la Ley del 73, por la de julio del 38 y aun por las normas comprendidas en la Orden de 10 de noviembre del mismo año.

Si el Registro no puede quedar cerrado durante el tiempo de reconstitución, o, lo que es igual, si en él habrían de seguir inscribiéndose o anotándose los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, necesariamente entonces, y necesariamente ahora, surgió y surge el problema, que nos permitimos adjetivar de grave, de qué modo esos actos y contratos no inscritos antes de la destrucción han de tener entrada y relativa eficacia en un Registro que no es tal Registro al quedar suspendidos los artículos básicos de la ley Hipotecaria, 17, 20, 23 y 34.

Para resolverlo, la Ley del 73 vino a admitir estos supuestos: que existiera el documento con nota expresiva de haber estado inscrito, anotado o *notado* en los libros de la Contaduría o del Registro; que no existiera el documento, a pesar de haber estado inscrito, y que existiera sin esa anterior inscripción. No nos interesan los dos primeros supuestos, al que atendían, por una parte, los artículos 3.º, 4.º, 5.º y 8.º, y, por otra, el precepto numerado con el 7.º

En cambio, y para nuestro objetivo, sí nos interesa, y mucho, la solución que se daba al tercer supuesto de documentos existentes y no anteriormente inscritos, que se intenta mediante el artículo 2.º, al permitir la anotación de ellos, conforme al número 8.º del artículo 42 de

la ley Hipotecaria. Teniendo en cuenta que entonces el Registro sólo contaba diez años de existencia, y principalmente lo riguroso del tracto, alma del artículo 20, esa anotación constituyó un buen término medio: provisionalmente quedaba asegurado el acto o contrato, que, pasado el término de la reconstitución, tendría o no todos los beneficios hipotecarios, si durante ella, o bien quedaba rehabilitada la inscripción del transferente de acto o contrato, o bien el anotante justificaba, sin esa previa rehabilitación, su adquisición anterior a 1.º de enero de 1863, con la consecuencia, en caso contrario, de que quedaba resuelta o cancelada la provisional inscripción, porque volviendo el Registro a tener su plena eficacia por el levantamiento de la supresión de los artículos 17, 20, 23 y 34, la exigencia de la previa inscripción a favor del transferente era inexcusable.

Innecesaria hoy, respecto a fincas no registradas, la previa inscripción; y no habiendo tope respecto a la fecha de la adquisición por el transferente, el artículo 14 de la Ley del 38 y el 8.º de la Orden de noviembre son perfectamente lógicos.

Queremos deducir de lo expuesto, y como primera y preliminar consecuencia, que durante el anormal período de reconstitución en el Registro se dan estas dos funciones: la de *reinscribir* documentos para rehabilitar asientos desaparecidos, y la de *inscribir* los sucesivos, para atender así al servicio público de que nos habla el artículo 1.º de la Ley del 73, que dió vida, en nuestro juicio, a la Orden de la Junta Técnica del Estado de 3 de febrero de 1937, adoptándose con ella una amplia medida de carácter general.

Y sin entrar en otras disquisiciones, que harían excesivamente largo este artículo, con posible exposición a quizá inútiles confusiones y problemas, la dualidad de estas operaciones de reinscribir e inscribir nos lleva de la mano al estudio de las correlativas facultades en el Registrador para efectuarlas, suspenderlas o denegarlas.

Son tan distintas, por sus motivos y por sus finalidades, las dos aludidas funciones, porque en tanto que la reinscripción es meramente la reproducción—en lo posible—de un hecho consumado, de la inscripción nace un derecho bajo el amparo hipotecario, que lógicamente aquella facultad calificadora, que cuaja sustancialmente el artículo 18 de la Ley principal, tiene distintos alcances. Basta leer, para convencerse de ello, el artículo 8.º de la Ley del 73, esencialmente vigente; es más: no comprendemos el cómo ni el porqué el Registrador, que reconstituye,

no puede negar la reinscripción, aunque aprecie faltas insubsanables, y sí puede suspenderla si las aprecia subsanables, salvo, y a ello nos inclina la lectura del artículo 5.º—también vigente—, si con el documento principal no se presentan los complementarios que conjuntamente sirvieron de título al asiento destruido.

La facultad para inscribir, y ello es un extremo interesante para lo que nos proponemos decir del posible asiento contradictorio, tampoco es plena, y no lo es, porque para resolver el Registrador, mediante acto recurrible en la vía gubernativa e impugnabile en la judicial, falta el elemento que podemos definir “estado actual del Registro”.

Tiene, sí, completas y absolutas atribuciones para calificar el documento que no estuvo antes inscrito; pero como eso no es bastante para resolver, sino que es preciso, para que ese documento sea inscribible, que no contradiga o contrarie en todo—el titular inscrito no es el transferente—o en parte—el derecho del transferente depende del cumplimiento de una obligación—, y no hay Registro que contradiga o se oponga, porque la suspensión de los artículos básicos antes citados implican qué documentos no inscritos perjudican a tercero, el problema del asiento *contradictorio*, título de este modesto trabajo, queda virtual y descarnadamente expuesto.

Resolverlo, mediante una regla general que llevara consigo la afirmativa de que, siendo el documento por sí solo inscribible, es en todo caso anotable, solución que, al fin y al cabo, sería, si no la más estrictamente legal, la más equitativa, implicaría un desconocimiento de los distintos casos que pueden darse, y ante cuya manifiesta distinción aquella supuesta regla general no nos sacaría de apuro.

Veamos, pues, estos distintos casos, que, aun reconociendo no son todos los posibles, sí nos parece que ostentan características especiales, que, por lo menos, pueden servir de guión para la agrupación a ellos de los similares.

PRIMER CASO.—¿Puede darse el asiento contradictorio entre los rehabilitados, de tal modo que reinscrito un documento, impida la reinscripción de otros?

Afirmaríamos sin reserva la negativa de ese asiento contradictorio que lleva aparejada una seria consecuencia, de no estar redactados en la forma que lo están los artículos 6.º, 7.º y 9.º de la Ley de julio del 38, y muy especialmente el segundo párrafo de este artículo 7.º.

La novedad del acta de notoriedad—de que nos proponemos ocuparnos en otra ocasión—, porque ella es reflejo tabular de una viva posesión, previno al autor de la citada Ley, ante la posibilidad de que se presentara un documento que desmintiera la posesión en que aquella acta descansa; y al efecto, y muy plausiblemente por cierto, se ordena en el artículo 6.º que la presentación del documento contradictorio y posterior a la fecha de la adquisición alegada, provoca a *prima facie*, y sin distingos, la cancelación de la inscripción del acta, medida y tecnicismo reglamentario que amplió luego, y por el primer párrafo del artículo 7.º, a los asientos reinscritos en primer lugar, si se presentaran documentos que en el destruido Registro hubieran estado inscritos con posterioridad.

Posiblemente, y dado el texto del artículo 77 de la ley Hipotecaria, la breve referencia marginal a las reinscripciones, de la numeración que ostentaban las primitivas y reproducidas inscripciones, pudieran evitar notas que realmente no ostentan el carácter de cancelatorias, en el sentido estricto de la palabra. De todos modos esas notas, debidamente cancelatorias de nuevas inscripciones motivadas por actas de notoriedad, y de referencia en los demás casos, confirman, hasta ahora, que en las reinscripciones no puede darse el asiento contradictorio; pero como en el segundo párrafo del artículo 7.º y primero del 9.º se preceptúa la denegación a reinscripciones de documentos presentados en el Diario, si hubieran estado inscritos con posterioridad, otros también presentados en el Diario, nos confunde un poco bajo el aspecto de derecho constituido, pero no en el constituyente (según nuestro modesto modo de ver).

La reinscripción, y sea éste el solo argumento a esgrimir, además de no poderse negar, bajo el orden legal—artículo 8.º de la Ley del 73—, en modo alguno puede perjudicar a los que acuden al Registro durante el período de reconstitución; antes al contrario, siempre y en todo caso, incluso se trate de meros asientos cancelatorios, reinscritos antes del cancelado, sólo beneficios puede producir, si no en un orden puramente hipotecario, en el civil, al quedar así reproducida la historia jurídica de una finca. Y por último, suspendido el artículo 17 de la Ley principal, resulta difícil la interpretación del segundo párrafo del 7.º y artículo 9.º de la de reconstitución vigente, y de interpretarlos, nos permitiremos decir que sobre ellos o mejor dicho con ellos, está el primer párrafo del mismo artículo 7.º que permite o prevé la reinscripción de

todos los documentos presentados, a reserva de las notas cancelatorias de que habla el segundo párrafo del 6.º.

Insistimos, por tanto, en la no existencia de asientos contradictorios entre los rehabilitantes: podrá existir un mejor rango hipotecario, opuesto al orden material en que se han autorizado las reinscripciones, pero nada más. Teoría que además confirma el artículo 8.º de la Ley de julio, y en parte el 14 de las normas.

SEGUNDO CASO.—¿Procede o no la inscripción o anotación de un documento en el período de reconstitución cuando contrarie o contradiga a un asiento rehabilitado?

Estamos ante un problema, que para intentar resolverlo, creemos mejor camino que el de las consideraciones y razonamientos en abstracto, el de llevarlo o plasmarlo a un caso práctico.

Sólo recordar como punto de partida la suspensión del artículo 20, que es igual a decir que tienen cabida en el Registro, durante este anormal período, las enajenaciones o constituciones de gravámenes, sin previa inscripción a favor del transferente o constituyente del gravamen.

A, hace quince años, y mediante información posesoria, inscribió a su favor la finca Z, siendo por ello y obligadamente esta inscripción, la primera. B, que la adquirió por título de compra, fué el titular de la segunda. Y C, que por análogo título o por otro oneroso la adquirió de B, vino a ser el titular de la tercera y última, pues que en este estado, fué destruido el Registro.

En el período de reconstitución, A, porque cree que beneficia a su comprador B la constancia en el Registro del tiempo transcurrido de posesión, para su conservación en dominio, reinscribe su título, que no lo hacen ni B ni C; y sin más asiento rehabilitado que el dicho a favor de A, M presenta una escritura de venta de la finca Z perfectamente identificada, otorgada a su favor por C.

Descartando la solución de inscribir esa escritura de venta, porque incluso la reproducción y rehabilitación del asiento de A impide la salida del tercer párrafo del artículo 20 y por tanto la anotación que permite el artículo 14 de la Ley de julio, hay que escoger entre denegar o anotar, posibilidad de elección que pone de relieve la anormalidad de la situación, pues claro es, que en la normalidad, no puede darse el supuesto de que no constaran inscritos en el Registro los títulos respectivos y sucesivos de B y C.

Denegar, que *a priori* o a la ligera parece la solución legal, porque la finca está inscrita—por reinscripción—a favor de persona distinta de C vendedor de M, es en nuestro juicio totalmente inaceptable, y por estas dos razones: la repetida de que el requisito esencial de la previa inscripción del transferente, no ha resucitado, y porque se causaría un innecesario perjuicio a M que al Registro abierto para que no se interrumpa el servicio público, acudió, para garantizar su propiedad contra tercero.

Basta para convencerse de la posibilidad del perjuicio, y de lo *precipitado* de la solución de denegar, suponer que C cometió la vileza de vender también la finca Z a N, a quien además entregó para sus respectivas reinscripciones los títulos de A a B, y de B al mismo C. La inscripción entonces a favor de N ya posible, conforme al artículo 7.º de la Orden de noviembre, infligiría el sustancial principio *prior tempore potior jure* en que descansa nuestro sistema hipotecario, y resultaría que en contra del artículo 1.473 del Código Civil, N vendría a ser en definitiva, el propietario de la finca.

En cambio, anotar a favor de M—que acudió en primer lugar al Registro abierto—por imposibilidad del Registrador para tener en cuenta el “estado actual del Registro” sólo causaría perjuicio, perjuicio material, no legal, a su competidor N. Claro que tanto en la anotación y más principalmente en la nota al pie del documento, convendría advertir—advertir como sinónimo de notificar—a M el peligro de que el asiento, anotación, se cancelaría de no rehabilitarse la inscripción de C, durante el período de reconstitución, pues que a su término volvería el artículo 20 a tener eficacia.

No vemos, por otra parte, precepto alguno en la ley de julio y normas complementarias, que *prohiban* estas anotaciones de documentos, que reúnan los requisitos de estar legalmente extendidos, intervenir personas capaces, y con válidas obligaciones, a pesar de que aparentemente contradiga o contrarie asientos rehabilitados en el momento de su presentación, porque la denegación que impone el primer párrafo del artículo 9.º de la Ley se limita a la contradicción entre reinscripciones; y para hacer esta afirmación no olvidamos el texto del artículo 7.º de la Orden de noviembre de que luego nos ocuparemos.

Por último y respecto a este segundo párrafo: la denegación de la anotación—no hablamos de inscripción—haría de peor condición a M que a los que se acogen al tercer párrafo del artículo 20 de la Ley prin-

cial, por cuanto expresamente, las anotaciones de este documento se permiten por el artículo 14 de la Ley de julio.

Y TERCERO Y ÚLTIMO CASO.—¿Puede darse el asiento contradictorio entre aquéllos de que son títulos, documentos que no estuvieron inscritos en el destruido Registro?

Existe un previo problema que puede concretarse en esta otra pregunta: ¿Cabe inscribir—no hablamos de anotar—durante este período de reconstitución? Si rigiera escuetamente la Ley del 73, diríamos que no cabe más que anotar; reformado esencialmente el artículo 20 de la Ley principal, ya dijimos al principio y aquí ratificamos, que se imponía también la reforma de esa antigua Ley de reconstitución.

Y en efecto, por la de julio del 38—artículo 14—se admite la anotación de documentos no inscritos y por el importante artículo 7.º de la Orden de noviembre, se admite también la inscripción, pero no una inscripción definitiva, que sólo pueda anularse si se incurre en las faltas u omisiones previstas en la Ley general, ni que aún queda bajo la salvaguardia de los Tribunales, sino que es una inscripción con carácter resolutorio, a la que tampoco ampara el suspendido artículo 34.

Resulta por tanto, que llamándose anotación—artículo 2.º de la Ley del 73—o inscripción—artículo 7.º de la Orden—venimos a la misma resultancia legal, o sea de que en tanto no esté terminada la reconstitución y haya Registro, cuantos asientos se autoricen están pendientes del resultado final de esa reconstitución.

Sin embargo de esta analogía o igualdad, creemos preferible el sistema adoptado en las normas complementarias, porque es más claro y rápido el efecto de la inscripción, pasado el período de reconstitución. que no el de una anotación que necesita de la subsiguiente operación de convertir.

Y aún creemos más digno de alabanza ese artículo 7.º al ordenar sin ningún procedimiento judicial, la cancelación de oficio de esa especial inscripción, si el asiento rehabilitado de que trae causa, queda sin efecto, o sea, si el titular que transmite o grava en el documento no inscrito, no resulta ser el titular capaz inscrito antes de la destrucción del Registro.

Nos parece ya innecesario razonar más para la contestación a la pregunta enunciativa de este tercero y último supuesto. El asiento contradictorio se da, tanto entre documentos otorgados por el *mismo titular*

rehabilitado, como entre aquellos que sean constitutivos de las inscripciones que autoriza el artículo 7.º de las normas.

A, titular rehabilitado, vende a B, y B inscribe conforme a este artículo 7.º. A, que se ha dicho es el titular rehabilitado, hipoteca a C. Si esta hipoteca llega después de la inscripción a B, la denegación se impone, si bien, y por lo que hemos dicho antes, la inscripción a favor de B no impediría la anotación—no la inscripción—de la hipoteca a C si el hipotecante es persona distinta de A, y que pudo tener inscrito su título en el destruido Registro. Resultado: si al terminar el período de reconstitución A no es el verdadero titular la cancelación de B es lo procedente, pero si lo fuera, entonces sería cancelada la anotación de la hipoteca de C, si A no fuera el hipotecante.

No hay que decir que siguiendo esta trayectoria el asiento contrario se da entre cuantos adquieran de B que inscribió por la rehabilitación de su transferente A, porque ya no hay reinscripciones y sí inscripciones.

Resumiendo nuestro modesto criterio sobre tan importantes extremos, y convencidos de antemano que puedan hacerse a ese criterio atinadas objeciones, sentamos:

A) No hay asiento contrario entre reinscripciones, operación que en términos generales no pueden denegarse, sin perjuicio de sus extinciones, cancelaciones y rango que puedan sufrir o en que puedan quedar, al término del período reconstitutivo.

B) Tampoco hay asiento contrario entre reinscripciones e inscripciones si en los documentos, títulos de estas últimas, los causantes son personas distintas tengan o no rehabilitados sus asientos; y si lo hay, por el contrario, si estos títulos o documentos traen causa del mismo titular rehabilitado.

Y C) Existe asiento contrario, no sólo entre los documentos anteriormente no inscritos, otorgados, cual se ha dicho por el mismo titular rehabilitado, sino también entre los que partan o traigan causa de inscripciones, dado que se está, bajo este supuesto, en la normalidad hipotecaria.

FÉLIX CARAZONY LICERAS

Registrador de la Propiedad

Reforma justa y esperada

A estas horas es creencia general que la propiedad insegura sólo presta servicio al fomento de litigios, y, partiendo de esa convicción, es evidente que se impone la urgencia de dar un golpe decisivo a la voluntariedad de la inscripción, pues los reparos que tuvieron los autores de la ley Hipotecaria de 1861 para no atreverse a proponer que se declarase obligatoria carecen hoy de valor y eficiencia ante la cruda experiencia reveladora de los vaivenes y peligros de la propiedad incierta. Los impugnadores de la inscripción forzosa no pueden por menos de confesar el fracaso de la institución en ese aspecto y reconocer que se equivocaron al suponer que su bondad sería bastante para acabar rápidamente con los maquiavelismos de los zurupetos y de los embaucadores, toda vez que del engaño viven.

Los mencionados autores pecaron de poco psicólogos al pensar que el ideal es la realidad, y les pareció violento establecer la inflexibilidad y el rigorismo que, es indudable, hubiera producido beneficiosos frutos. Se contentaron con la prohibición consignada en el artículo 396 de la primitiva Ley, considerándola piedra angular del sistema, y no previeron que ese precepto en la práctica es letra muerta, y es de presumir su gran desencanto al ver que, a pesar de reproducirlo la Ley y el Reglamento del Impuesto sobre derechos reales, en lo que afecta a este tributo gozan de protección los documentos de que no se tomó razón en el Registro y se utilizan en perjuicio de tercero, y es corriente admitirlos también sin pago o nota referente al impuesto, porque queda el subterfugio de decir que en la resolución final se acordará lo procedente, y la sanción señalada para los infractores jamás se exige. Así la tolerancia crece, haciendo estériles los esfuerzos del legislador.

Las varias modificaciones de que fué objeto el artículo 20 de la ley Hipotecaria con el objeto de facilitar el acceso al Registro de la titulación defectuosa capaz de recobrar el tracto sucesivo perdido, constituyen

la más contundente razón que reclama el que se deje sin efecto el estado actual de cosas, si de veras deseamos cese esa paradoja consistente en reputar bueno lo que estimamos malo, ya que se pierden en el vacío las advertencias notariales hechas en el acto del otorgamiento y rinden escaso provecho las reformas que no van acompañadas de la inscripción.

¿Qué se alcanzó con la inscripción voluntaria?

Pues sencillamente aminorar el Estado una fuente de legítimos ingresos, favorecer el fraude y la ocultación y quedar la propiedad sujeta a múltiples contingencias generadoras de litigios, y no disponer el Estado de una oficina que le dijera cuando lo precisase el número de fincas de que se componía el territorio nacional, su valor y movimiento y evolución de las mismas, y por eso tuvo que gastar millones y millones en la confección de un Catastro no terminado. Con la inscripción forzosa desaparecería ese contrasentido de propugnar que se abarate la justicia y, en cambio, por las timideces se coloque al dueño del inmueble en el disparadero de abandonarlo o de acudir a los Tribunales a desbaratar los planes del expoliador o despojante, y todo porque el legislador prefirió la Ley con blandura a disposiciones tajantes. Eso sería aceptable en países donde no existiera el litigante temerario o de mala fe. ¿Se conocen, por desgracia? ¡Ah! Entonces es deber prevenirse contra ellos, y acábense de una vez las vacilaciones para salir del paso ante el clamoreo de que se desfigura el estado jurídico de los bienes.

Tanto más cuanto se sienten los desastrosos efectos de la excesiva protección dispensada al documento privado, que es necesario desaparecer, no concediéndole virtualidad como instrumento transmisor de la propiedad, admitiéndolo únicamente como acta de constancia de un hecho de vida limitada y sin eficacia si no se solemnizaba en el corto plazo que se señale *a priori*, porque la titulación privada abre el camino que conduce al barrenamiento del principio fundamental de nuestro sistema hipotecario y sirve de pretexto para que judicialmente se dilucide si el acto o contrato está comprendido en el artículo 1.280 del Código Civil, y también influye para desnaturalizar la famosa realidad jurídica que menoscaba la fortaleza del artículo 41 de la ley Hipotecaria, por cuya pureza y prestigio de sus preceptos debemos velar los Registradores de la Propiedad, porque en el Derecho positivo no debe de haber más realidad jurídica que la acusada por los libros Registros de la propiedad.

Instaurando la inscripción forzosa, el Estado tutelaría los derechos

inherentes a la propiedad, diciéndole al propietario esto tienes que hacer y te mando que lo hagas.

La prueba de que es imprescindible ese procedimiento la tenemos en la vigente ley de Arrendamientos rústicos. En ella se declara obligatoria la inscripción para los contratos cuya merced o precio del arriendo sea superior a 500 pesetas, y es muy corriente que arrendador y arrendatario se pongan de acuerdo para no someterse a lo ordenado, descomponiendo un arrendamiento grande en varios pequeños, para encontrarse comprendidos dentro de la excepción de no inscripción.

Este botón de muestra pone claramente de relieve la idiosincrasia del terrateniente español por lo regular. Para obtener la sumisión hay que estrecharlo, y porque no se le forzó a registrar sus tierras, se alejó indebidamente del Registro, y su abulia convirtió en vana quimera el convencimiento acariciado por los autores de la Ley de que la suavidad de la inscripción voluntaria se traduciría en formidable avalancha de presentación de títulos a registrar. Sería indispensable explicar antes de la implantación que la inscripción obligatoria vencería las contradicciones entre el Derecho civil y la ley Hipotecaria, las cuales desaparecerían gradualmente al crearse el estado jurídico a que se aspiraba, y que a los pocos años de su vigencia los efectos tranquilizadores proporcionados por la seguridad de la propiedad y de los derechos de ella derivados se notarían arrolladoramente; esa campaña previa predispondría los ánimos al buen acogimiento, matando todo germen desobediente.

La inscripción forzosa de los títulos o documentos que enumera el artículo 2.º de la ley Hipotecaria motiva la declaración de nulidad de los privados al transcurrir el plazo previsto, desde que se escribió, y la de que sólo se admitirían en los Juzgados para solicitar su elevación a públicos, quedando *ipso jure* sin valor alguno al no formularse tal petición. Para robustecer semejante mandato se suprimiría el apartado 2.º del artículo 1.280 del Código Civil, se exigiría la inexcusable observancia de la prohibición, ya mencionada, contenida en las leyes Hipotecaria y del Impuesto sobre derechos reales, y se castigaría con severas sanciones, y automáticamente, a los infractores, como exclusivo medio de cortar la tolerancia que ahora se dispensa.

Con esta reforma, el Estado, al propio tiempo que vería aumentados sus ingresos en cantidad fabulosa, porque nada se escaparía a la acción del Fisco, tendría un crédito territorial firme, que le serviría de base para la regularización de su potencia económica.

Mientras no se decreta la inscripción forzosa, el Registro será un archivo inexacto de datos relativos a parte de la propiedad inmueble nacional, cuya historia quebradiza estará a merced del abandono, porque el tracto sucesivo se romperá al impulso de cualquier móvil bastardo. Para que no se depaupere ese órgano del Estado es indispensable vigorizarlo con decisiones recobradoras del prestigio perdido a causa de elucubraciones condenadas por las enseñanzas del tiempo. Con ella, con la inscripción obligatoria, se sostendría el edificio y resurgiría boyante de su postración la ley Hipotecaria, desempeñando el papel que le corresponde de ser Ley aseguradora de fincas y derechos reales.

De ese modo se acabarían los enemigos descarados del Registro, que lo son con vistas a sus fines particularísimos, a sus conveniencias o a la satisfacción de algo inconfesable, todo ello reñido con el interés público y los libérrimos derechos de los ciudadanos; los enemigos encubiertos se recogerían en su concha, y los efectos de la reforma irradiarían con destellos esplendorosos su acción.

RAMIRO GOYANES

Registrador de la Propiedad

La ausencia en el nuevo Derecho

I. La Ley de 8 de septiembre de 1939.—II. Estructura y caracteres.—III. Comentario de orden general.—IV. Crítica del párrafo 3.º del artículo 195.—V. Antecedentes y doctrina de la Iglesia en lo relativo a la autorización para contraer nuevas nupcias el cónyuge presente.

I

LA LEY DE AUSENCIA

La Ley de 8 de septiembre de 1939 ha derogado el título VIII del Código Civil vigente para sustituirlo por las disposiciones en ella establecidas. El estudio de éstas, haciendo referencia expresa a la Ley, que para nosotros siempre será la "Ley de Ausencia", es decir, con sustantividad propia, por resultar como un postizo encajado en una obra caduca, con plena personalidad y sistema distinto, es de gran utilidad en estos momentos por estar próxima su vigencia.

Sin perjuicio del amplio comentario del articulado, el estudio de las concordancias y antecedentes de la institución que en breve aparecerán en un volumen juntamente con el estudio de la parte procesal, hoy vamos a realizar, como se indica en el título de este trabajo, un comentario general que muy bien pudiéramos llamar de perspectiva.

II

ESTRUCTURA Y CARACTERES

Justifican la promulgación de la Ley los nuevos inventos, que han traído una mayor facilidad en las comunicaciones, así como la guerra encarnizada, "con su secuela de muertes desconocidas, crímenes reprobables y persecuciones inhumanas", que han creado multitud de estados

personales inciertos, con la correspondiente suspensión en la vida jurídica familiar y patrimonial.

En el aspecto exterior de la Ley, que si bien, como nacida para ser encajada dentro de una obra viva como es el Código, no ha alterado el número de sus artículos, ya notamos la transformación tan profunda que la regulación jurídica de la institución va a sufrir.

Los cinco capítulos en que estaba distribuida la ausencia en el viejo Código se sustituyen por tres.

El primer capítulo, cuyo enunciado es "la declaración de ausencia y sus efectos", ya nos denota el cambio brusco y en un sentido real y eficiente que toma la Ley, separándose por completo de los moldes de donde había salido el Código.

Las medidas provisionales en caso de ausencia, reguladas por el Código en el capítulo primero del título que se sustituye, estaban basadas en la presunción de ser en los primeros tiempos más fácil que el ausente viva que no que haya muerto; presunción demasiado tenida en cuenta. Porque la reparación, realizada con la timidez que se ha venido haciendo ante la consideración de que el ausente no sólo vive, sino que puede incluso presentarse de un momento a otro, tenía que adolecer de graves defectos, no siendo el menor el estado de provisionalidad con que se ejecutaba todo cuanto durante ese primer período le estaba permitido al Juez.

La nueva Ley va al fondo del asunto, garantizando al mismo tiempo el cuidado y conservación de los bienes, así como determinando su aprovechamiento y forma de hacerlos producir, adoptando las medidas adecuadas para su completa y absoluta devolución en el caso de que con posterioridad se presente, instigando las diligencias de su busca y atendiendo al hecho de que el ausente pueda vivir y presentarse de un momento a otro, pero tomando todas las medidas necesarias a una situación estable.

El hecho de que el primer capítulo de la Ley tome por epígrafe la declaración de ausencia, dejando a un lado o haciendo caso omiso del que llevaba su antecesor, "Medidas provisionales en caso de ausencia", nos hace ver, sin entrar en más detalles, que se va de un modo casi directo a la declaración de ausencia, ahorrando tiempo y evitando con ello esas situaciones de provisionalidad que, cuando se trata de bienes y derechos, son siempre perniciosas.

El enunciado del capítulo segundo constituye para nosotros una novedad: la "Declaración de fallecimiento" que lo rotula no tiene ante-

tedentes en nuestro Derecho. Si quiere sustituir al cuarto capítulo del viejo Código, indudablemente denota también una sabia mejora.

El simple enunciado del capítulo nos indica que la Ley se percató del enorme perjuicio que supone la situación de interinidad, y, en virtud de la declaración de la muerte legal, se hace efectiva la situación de derecho que la muerte real había de traer, dando seguridad a los bienes y colocándolos nuevamente en el comercio de los hombres y en la vida de relación.

Si novedad constituye en nuestro Derecho el capítulo a que nos acabamos de referir, no menor la constituye el tercero y último de la Ley. El Registro Central de Ausentes es una innovación de orden extraordinario, que carece de precedentes en todo el Derecho legislado.

Deslindar los campos en el orden de la contratación, tener la seguridad y la identidad en el elemento personal de la relación jurídica, y hacer que desaparezca de nuestro Derecho el fantasma de la persona incierta y la propiedad sin sujeto responsable, son bienaventuranzas que se esperan de las disposiciones que este capítulo contiene.

La introducción de los Registros Centrales, según nos prueba la experiencia, no ha respondido a la esperanza que en ellos se tenía, pues está claramente demostrado por la práctica que sólo se acude a ellos cuando el uso de sus manifestaciones gráficas se hace obligatorio, quedando, en caso contrario, para panteón de datos históricos, y cambiando, por consiguiente, su función de registro en archivo.

III

COMENTARIO DE ORDEN GENERAL

Cuando se define la palabra *ausencia*, suele indicarse que dentro del concepto uno de sus equivalentes es el de paradero conocido, el cual ha sido incluido por algún Código extranjero en la regulación total de aquella institución.

El legislador español descartó esta definición, en primer lugar, por carecer de precedentes en nuestro Derecho tal significado, y, en segundo lugar, porque la intervención del Estado debe detenerse cuando existe un sujeto perfectamente localizado y capaz de valerse por sí mismo;

máxime teniendo en cuenta que el verdadero concepto jurídico de la ausencia no descansa en el obstáculo o impedimento material que imposibilitan de momento o impiden la presencia de un determinado sujeto en un lugar y época determinados, o en la incapacidad de actuar momentáneamente, que dentro del Derecho tiene un amplio y definido cauce, sino en el hecho de la desaparición y en el desconocimiento de la situación del individuo, considerada en cuanto al espacio, circunstancias ambas que, cuando se dan perfectamente combinadas y en ellas va dejando su huella indeleble el transcurso del tiempo, nos conducen a la presunción fundada de la desaparición definitiva o muerte.

Otros dos significados encontramos a esta palabra dentro del campo del Derecho. El correspondiente al del que se halla en paradero ignorado sin que existan noticias ciertas de su vida, y el del que desapareció después de un accidente desgraciado o con motivo de él, o en circunstancias que hagan presumir realmente su muerte.

El primer concepto ha sido la preocupación de las legislaciones antiguas al regular esta institución; el segundo, después de vencer sus defensores una tenaz oposición, ya ha sido incluido en los Códigos más progresivos. Ambos son absorbidos por la nueva Ley como determinantes del estado de incertidumbre sobre la persona, estado que provoca la intervención del Poder público. Los dos son regulados indistintamente en la iniciación de la Ley, sin establecer diferencias previas entre uno y otro, puesto que a lo que se atiende de momento es al hecho de la desaparición o falta de su domicilio de una persona. La forma en que esta desaparición ha tenido lugar es por el momento indiferente; pues cualquiera que sea su causa, ya obedezca a una catástrofe o accidente, ya tenga lugar durante una guerra o subversión de orden político o social, o bien se base en la voluntad del propio individuo, obedeciendo a impulsos irrefrenables de conocer parajes desconocidos o al vulgar de escapar a la acción de la justicia, el resultado ha de ser siempre el mismo por lo que toca a la firmeza y seguridad de los derechos y a la falta de realidad jurídica y a la ignorancia en la realidad corpórea de la persona individual.

Es en la regulación de plazos o períodos basados en presunciones más o menos ciertas de su vida donde ya se establece la diferencia, pues su duración ha de depender, más que nada, de las circunstancias que concurrieron en la desaparición, circunstancias que habrán de tenerse muy en cuenta, ya que ellas por sí mismas nos pueden dar un indicio cierto

o, por lo menos, muy aproximado para presumir su vida o muerte.

La situación de provisionalidad de las medidas a tomar en el primer momento es inevitable, y ha de pesar mucho en el ánimo de todos la desaparición reciente para que se tenga por definitiva. El acierto de la Ley no habría sido el suprimirlas; el acierto de la Ley es hacer que se tomen únicamente las más necesarias al fin que se proponen y duren el menor tiempo posible.

Mandar que el Juez, a instancia de parte interesada o del Ministerio fiscal, nombre un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio y en toda clase de negocios que no admitan demora sin perjuicio grave; señalar como representantes legales al cónyuge presente mayor de edad o, en su defecto, al pariente más próximo dentro del cuarto grado, que sea también mayor de edad, o, si no existen ni unos ni otros, determinar la persona solvente y de buenos antecedentes que pueda cumplir esta misión; eliminar de la representación a los menores, aun a trueque de posponerlos a un extraño en los asuntos de su familia, con el objeto de evitar la complicación de la tutela y los procedimientos e incidencias a que ésta puede dar lugar; fijar taxativamente sus obligaciones, derechos y garantías, etc.; no seguir en el llamamiento de representante el orden del artículo 220 del Código Civil, por tratarse de un caso distinto y que no admite parangón con la tutela de los locos, ya que ésta es eminentemente personal y su nombramiento obedece a los máximos cuidados que, en el trato de la persona y cariñosa condescendencia con el incapaz, han de poner los que a su guarda son llamados; y enlazar inmediatamente estas disposiciones con las del artículo siguiente en un sentido obligatorio, no meramente potestativo, en lo que se refiere a la solicitud de declaración de ausencia, son, entre otros muchos, los aciertos del legislador que, en esta parte, queremos hacer resaltar.

Muy importantes son los problemas que con esta reforma se evitan. Los redactores del viejo Código, en esta materia fueron cegados por las luces que venían de fuera, y, más que unas disposiciones legales claras y precisas, confeccionaron un verdadero semillero de pleitos, a causa de las interpretaciones contradictorias a que estos preceptos daban lugar.

En el antiguo Código se establece como causa que inhabilita para ser tutor la de hallarse sometido a tutela, y, sin embargo, esto no era obstáculo al disfrute del derecho de administrar los bienes del ausente.

Por eso se escandalizaba el Sr. Comas al señalar las contradicciones

y dudas que de este capítulo surgían, iniciando una serie de problemas y complicaciones que hoy, dada la redacción clara y precisa de la Ley, no podrán tener lugar; y, a tal efecto, preguntaba: "Si los hijos del ausente, aunque menores de edad, están casados o se hallan emancipados, ¿cómo se les proveía de tutor, siguiendo las disposiciones del Código, para administrar los bienes ajenos, si tienen capacidad para administrar los propios, salvo ciertas limitaciones? ¿Cómo reducir a tutela al ex jefe de la familia, o a la mujer que ya está sometida a la autoridad del marido? Y en este último caso, ¿qué va a significar el tutor, si la mujer se encuentra bajo la dependencia marital?"

Y ahondando algo más en lo que antes iniciamos, ¿no es una anomalía, aun dentro del campo ilimitado del sentido común, la de que el hijo menor que se encuentra casado pueda administrar sus bienes y los de la sociedad conyugal, comparecer en juicio, etc., y, sin embargo, no pueda hacer lo mismo cuando por ley le corresponde la representación de su padre ausente y haya de serle nombrado un tutor, que ya es una persona extraña a la casa, con el consiguiente gasto y pérdida de tiempo a que todo esto da lugar en la práctica?

No se nos oculta que el Código, en este particular, atendería acaso al hecho de que los menores se encontraran ya sometidos a tutela, en cuyo caso su tutor podía ejercer las nuevas funciones de la administración de los bienes del ausente con la subsiguiente representación real del mismo. Pero no es menos cierto tampoco que en la práctica no ocurre nada de esto, y que únicamente se acude al tutor, consejo de familia y demás instituciones protectoras cuando no se puede prescindir de las circunstancias originadas por la ausencia del padre. Es más: muchos casos se habrán dado de que el hijo a quien por ley corresponde la representación se encuentre sometido a la patria potestad. Y en este caso concreto, que se ha presentado siempre que los padres se hallasen separados legalmente o cuando el hijo fuere adoptado por otra persona, había de serle nombrado tutor, y entonces, aunque ésta se limitara sólo a la administración de los bienes, ya teníamos mixtificada la institución y echado por tierra aquello por lo que el Código más parecía querer velar. Porque, lógicamente discurriendo, ¿a quién corresponde la tutela? ¿No parece ser, precisamente, que ha de recaer la elección de tutor en el cónyuge separado o en el mismo adoptante, o en alguno de sus parientes? Y he aquí, en ese caso, cuidando de los bienes del ausente a aquellas personas que el Código quería evitar que lo hicieran.

Por lo que al orden de los llamamientos se refiere, el Código, separándose de la Ley de Enjuiciamiento civil, que en esta parte seguía la de la sucesión *ab intestato*, y quizá para evitar la inmoralidad que creía ver al anticiparse la sucesión del ausente en fecha en que éste era fácil que aún viviera, cayó en el defecto contrario, y, sin procurarse de conceder una posesión interina de los bienes—para darles mayor estabilidad—y resucitando el antiguo curador, que él mismo mata, llama, no a los presuntos sucesores, que en resumidas cuentas son los que mejor han de cuidar de los bienes ante la expectativa de ser sus propietarios, sino a las personas de quienes se esperan más solícitos cuidados en ellos, por razones sentimentales, y quienes con más diligencia han de procurar la búsqueda del ausente e investigación de su paradero, aunque, por tratarse de mujeres, en algún caso les sea más difícil lo uno y lo otro.

No fueron capaces los legisladores del 88 de percatarse que ambas cosas se podían aunar perfectamente sin necesidad de buscar contradicciones en nuestro Derecho y caer en el uso de instituciones que ellos mismos repudiaron. Los del 39 salvan esta dificultad con la sencillez propia del hombre que no tiene prejuicios, y con unas leves disposiciones, en virtud de las cuales se hace obligatorio lo que aquéllos dejaron a la iniciativa del representante, y las garantías propias a tomar en todos estos casos donde median intereses y pueden mediar egoísmos, queda salvado el escollo. El paso de uno a otro estado se hace mediante el transcurso de un año; la facilidad en las comunicaciones, la mayor intimidad en que hoy en día se encuentra el mundo, hacen superflua la espera de más tiempo.

Ahora bien: puede existir un indicio de que el individuo previó un largo viaje, y este indicio es respetado por la Ley. Si el ausente dejó apoderado, se presume su pensamiento de estar fuera durante mucho tiempo. Y aquí tenemos otra reforma. El Código no indicaba qué clase de poder había de tenerse en cuenta para esa espera mayor. Las interpretaciones de los distintos autores, seguidas por la de los jurisconsultos y la práctica de los Tribunales, enredaban esta sencilla cuestión, y surgía la divergencia y su correspondiente secuela: el litigio.

Hoy quedan atados bien los cabos. El poder ha de ser general para todos los negocios, no singular; porque este último no nos indica la premeditación del otorgante para hacer un largo viaje; es el primero el que nos da a conocer la voluntad de desprenderse por un cierto tiempo de todos sus negocios ante la consideración, quizá, de un viaje duradero.

Por la declaración legal de ausencia cesa la representación provisional, de tan efímera existencia, originándose una definitiva, que ha de durar ya hasta que comparezca el ausente, se presente un tercero acreditando por documento fehaciente haber adquirido por compra u otro título todos o parte de sus bienes (en este último caso, cesará la representación en la parte afectada), se pruebe su muerte o, no dándose ninguno de esos casos, se declare su fallecimiento.

Esta declaración ha de venir con el transcurso de un corto plazo, pero también puede llegar antes. Las dudas que surgían en la interpretación del Código en este punto ya no son ahora posibles.

Si durante los primeros momentos de la ausencia muere el mandatario o renuncia al mandato, siempre que esta renuncia sea justificada, o en todo caso caduque el poder conferido por el ausente, estaremos automáticamente colocados en la iniciación de la declaración de ausencia legal, siempre que haya transcurrido un año desde la desaparición, o, si hubo noticias, desde que se tuvieron las últimas. Y no es que este hecho nos sirva de presunción más o menos cierta sobre si vive o ha muerto el individuo, preocupación constante de otros tiempos, sino que la Ley, insistiendo una vez más en su practicismo, acude inmediatamente a salvaguardar los bienes o derechos cuando por esa otra circunstancia quedan abandonados, importándole poco que la dación de poder signifique la premeditación de un viaje largo previsto de antemano y que realmente, y si no ha ocurrido algún suceso desgraciado, pueda vivir el ausente. Está segura de las medidas tomadas contra posibles abusos, y acude con sus instituciones protectoras allí donde prácticamente son de menester.

La representación ha de recaer siempre en persona plenamente capaz, en evitación de representaciones imperfectas y requeridas de asistencia complementaria, que, inspiradas en un respeto sentimental al vínculo o a la sangre, carecían de sentido y resultancia práctica, complicando, por el contrario, la función representativa. La Ley, no obstante, no echa en olvido el debido respeto que siempre ha de exigir la voz del vínculo o el llamamiento de la sangre, y sólo en un caso extremo—a falta de esas personas—acude a un extraño, pero siempre exigiendo la condición indispensable de la mayor edad, en unos, y en otros, que por su relación parental ya se le presume, los menos años, buscando con ello una mayor agilidad física y mental para el desempeño del cargo a que son llamados, y evitando de este modo la entrega de la adminis-

tración y funciones subsiguientes a personas que por su mucha edad son prácticamente incapaces.

La misión del representante es doble. La pesquisa e indagación sobre la existencia del declarado ausente, su búsqueda y protección, impuestas como primera y fundamental obligación al tomar posesión de su cargo, con el consiguiente ofrecimiento de los medios que el Estado tiene a su alcance sobre este particular, responden al interés social de investigar la suerte o paradero del ausente mientras dura la esperanza de su existencia, pero necesitándose siempre la instigación por parte interesada, puesto que las instituciones oficiales se mueven siempre en estos casos por la rogación particular.

De este modo se aparta la Ley de Ausencia, una vez más, del viejo Código, preocupado con la conservación y administración de los bienes, cual si no tuviera otro objeto que el cuidado de los medios materiales para ponerlos en situación de servir al egoísmo de los demás.

Ahora bien: no por eso se crea que se ha abandonado el problema relativo a la conservación y régimen económico del patrimonio. Pero se ha abordado en un sentido equitativo y justo, aunando las consideraciones de orden material con aquellas que, por ser propiamente espirituales, están llamadas a no separarse en todo lo largo de esta institución.

Se concede a los representantes la consideración de verdaderos poseedores, con todas las consecuencias que esto lleva consigo, y no la de meros administradores con el derecho materializado a un tanto por ciento de los frutos, que los hacía equivalentes al traficante vulgar, envileciendo con ello su función, mercantilizando su misión y azuzando su egoísmo. La no exigencia de garantía en aquellas personas que por su proximidad al desaparecido ya la ofrecen, y bastante, en la unidad de sus almas y en la pureza de sus afectos, son mejoras notables, que queremos señalar de un modo expreso.

Al imponer la administración como obligación del representante quedan cegadas definitivamente la multitud de lagunas a que la imprecisión en el tecnicismo del Código dió lugar. Ya no se podrán preguntar los autores cómo se ha de proveer ésta; si corresponde la elección al Juez; si se ha de seguir el orden de la sucesión *ab intestato*; si, por el contrario, se ha de referir a las personas y por el orden que determinaba el repetido artículo 220; y otras muchas que en la práctica daban lugar a otros tantos litigios.

Ahora bien: en la equiparación realizada al poseedor de buena fe

no se ha llegado a un canon rígido de absorción de todos los frutos y aprovechamientos, porque la diversidad de casos aconseja un sentido de prudencia que debe dejarse a la determinación judicial en atención a las múltiples y varias circunstancias que en cada uno pueden presentarse; así, ha de tener en cuenta el Juez el importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, de un lado, y el número de hijos del ausente y las obligaciones de su familia, así como también los cuidados y atenciones que la representación requiera y las contribuciones y gastos que ella acarree, de otro.

Cuando el representante es un hermano, sin perder por eso su condición de poseedor temporal, ya se le limita la percepción de los frutos con la obligación de reservar un tercio para el ausente. Puesto que si la familia más próxima, con la que él vivió, existe, no tiene la ley que mandar se realice reserva de ningún género, porque todo cuanto exista estará a disposición del que con su esfuerzo lo creó; pero si esta familia se ha extinguido y, por ende, la representación ha pasado a un hermano, la obligación de la reserva se hace indispensable, ya que es justo que el ausente se pueda valer con sus propios medios, es decir, con el producto de aquello que le perteneció y que desde ese momento también le pertenece.

La equiparación del representante dativo con el tutor para este solo efecto es congruente, pues en ese caso ya no hay por qué atender razones de orden sentimental; pero hubiéramos preferido que la Ley no estableciera esta separación, ya que no existen motivos fundados que la justifiquen.

Los casos de aparición o muerte durante el curso de la representación legal también están previstos; pero no acusamos novedad en esta parte, con excepción a su correspondiente acoplamiento en las consecuencias inversas de orden contraprestativo a cuanto quedó anotado.

No queremos pasar adelante en este breve estudio sin detenernos en otra innovación. Nos referimos a la situación en que queda la mujer del ausente una vez obtenida la declaración de ausencia legal, y por lo que se refiere a la administración y disposición de los bienes. El artículo 188 del Título derogado determinaba que si fuese mayor de edad podía disponer libremente de los bienes de cualquier clase que le pertenecieran, pero no podía enajenar, permutar ni hipotecar los bienes propios del marido ni los de la sociedad conyugal sin la debida autorización judicial. Y esto, así redactado, dió lugar a serias divergencias, que apa-

ecían de la contradicción de unos artículos con otros dentro del mismo Código; porque ¿cómo armonizar este precepto con el del artículo 1.444 del mismo cuerpo legal? ¿Qué disposición será realmente aplicable para determinar el alcance de las facultades de la mujer en el régimen de sus bienes particulares? ¿Gozará de la libertad conferida por el artículo 188, ó necesitará la licencia judicial que el artículo 1.444 exige?

Hoy, y en virtud de la redacción clara y sencilla del artículo 189, que ha sustituido al 188, no ha de surgir ninguno de estos problemas, y aunque haya algún autor que lo pueda tachar de regresivo, no podemos menos de alabar su claridad y el encauzamiento que hace de estas cuestiones, enmarcándolas en las mismas lindes del Código y siguiendo los precedentes de tanto sabor nacional y de tan añeja tradición como es la Ley 59 de Toro (15 Tít., Libro X de la Novísima Recopilación), que facultaba a los Jueces para conceder a la mujer, con conocimiento de causa, la licencia que el marido había de dar, si éste se hallara ausente y no se esperase su próxima vuelta o corriese peligro en la tardanza, siempre que la venta fuese legítima y necesaria o provechosa para la mujer.

Continuando nuestro examen general de la tan repetida Ley, llegamos a la declaración de fallecimiento, reforma la más trascendental que en ella encontramos.

La regulación de plazos, breves y sencillos, correspondientes a las distintas situaciones en que la desaparición pudo ocurrir; la rebaja de los términos en que el Código concedía, no la muerte legal, sino la presunción de muerte; el atemperamiento de la espera a las circunstancias de la desaparición y estado natural del desaparecido; la distinción, para estos efectos, entre el que desapareció en circunstancias desgraciadas y el que marchó voluntariamente, única parte donde la distinción debe ser establecida dentro de la regulación de la institución; la presunción de vida mientras haya durado la ausencia; la prohibición de disponer a título gratuito por los herederos durante un plazo prudencial de espera; las garantías que se toman respecto a la situación o situaciones que pueden tener los bienes, etc., etc., son mejoras que han de resultar muy prácticas (1).

También se ha tenido muy en cuenta en este capítulo que el trán-

(1) Por lo que a este capítulo se refiere, la influencia del Derecho extranjero es decisiva.

En el Código alemán, en su Ley complementaria y en la de unificación del Dere-

sito de la incertidumbre sobre la existencia de la persona del ausente, basada en el supuesto de su existencia real, al estado contrario, o sea a la declaración de su fallecimiento, se debe hacer aún, en cierto modo, con carácter condicional, dejando un amplio margen por si la realidad se impone y llega a ser conocida la existencia del declarado muerto; o, si esto no es útil, por el hecho, también digno de tenerse en cuenta, de crear situaciones estables, regularlo con la mayor precisión, a fin de que la restitución de bienes o derechos a que su presencia ha de dar lugar pueda hacerse inmediatamente, sin que surjan graves inconvenientes que, traducidos en problemas de orden económico, y quizá judicial, sirvan para torturar y mortificar a quien, por el contrario, necesita amparo y protección después de tan larga ausencia.

Por eso, aunque queda sobreentendida en toda partición y adjudicación consiguientes a la declaración de fallecimiento la facultad de los sucesores adjudicatarios de bienes de disponer de ellos libremente, ateniéndose a esa eventualidad que antes indicábamos, aún más posible hoy en día por el acortamiento de los plazos de espera, se prohíbe la disposición por título gratuito de los mencionados bienes durante un plazo prudencial, que más bien constituye un alargamiento ideal y en beneficio del ausente, de los períodos que en su articulado se establecen. Igualmente se hará con los legados y mandas, con la cortapisa, en este último particular, de no ser entregadas si en la herencia las hubiere.

Y es que, así como las disposiciones a título oneroso tienen la contrapartida del precio, o de la inversión de éste en diferentes bienes, o sencillamente el equivalente en otros, si es que fueron permutados, las a título gratuito no dejan sustitutivo, sino vacío en el patrimonio del presunto muerto, y hasta incluso pueden dar paso al dolo y a la mala fe al ser muy fácil de este modo escamotear el patrimonio y burlar los futuros y posibles derechos del ausente.

Por último, también observaremos que ha desaparecido el precepto del viejo Código en virtud del cual la declaración judicial de ausencia

cho civil, hay disposiciones reglamentadoras de la ausencia en el sentido que queda expuesto.

El legislador español ha tomado de ellas la sustancia. la ha hecho asimilable por el Derecho patrio y le ha dado forma nueva.

Su iniciativa no merece más que aplauso.

La recepción del Derecho extranjero en esta materia y su repercusión e influencia en la redacción de la presente Ley será objeto de un próximo trabajo, que nos proponemos publicar en fecha breve.

no surtía efecto hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales.

Esta larga vacación de la sentencia, sin duda alguna era debida a la falta de seguridad en las medidas tomadas y presunciones tenidas en cuenta por los legisladores para el paso de la situación de un estado a otro, de forma que, aun tomadas todas las precauciones y esperado el plazo prudencial que ya hacía inclinarse la balanza en el sentido de hacer dudar de la existencia del desaparecido, se hacía menester, primero, publicar la sentencia en los periódicos oficiales, con objeto de darle un carácter solemne de publicidad, para que de esta forma llegase a conocimiento de todas las autoridades y particulares y, por ende, pudiera ser advertida por el propio ausente, ya que no parecía prudente, según los comentaristas de aquella época, que los Tribunales se contentaran con la publicación de edictos ordinarios, las más de las veces desconocidos por permanecer semiocultos en los estrados del propio Juzgado al no tener al mismo acceso más que los interesados en litigios distintos que, por regla general, ni se fijan ni les interesan otras cosas que no sean las propias y fundamentales por las que allí son llevados, ni que la declaración de ausencia fuera un modo de formalizar el olvido de todos, avalado incluso por el consentimiento del Estado, precisamente cuando el ausente más necesitado está de protección; y segundo, esperar durante un determinado tiempo para recoger, antes de que la situación se haga definitiva, el efecto de esta publicidad extraordinaria, bien con la presentación del propio interesado, a cuyos oídos pudiera llegar la sentencia, bien con la de personas que le hayan visto o tengan noticias de su paradero y que no hubieran sabido del expediente que al mismo se le instruía.

Los autores de la nueva Ley no han tenido por qué temer las consecuencias de la declaración que antes se temían. Seguros de las medidas de protección tomadas en el propio articulado para el caso eventual de regreso del ausente, y conocedores de los preceptos que únicamente se han de hacer constar en una Ley sustantiva, sin que por ello se abandone el cuidado y protección de quien ciertamente tanto lo necesita, han suprimido de raíz el precepto aludido por innecesario, pero llevando su espíritu, notablemente ampliado y mejorado, a los artículos pertinentes de la parte adjetiva que sirve de complemento y realización práctica a las disposiciones de esta Ley.

Es precisamente en la parte procesal donde tiene el legislador ancho

campo para lograr, o al menos intentar la publicidad del procedimiento y resoluciones que en el mismo se tomen que puedan afectar en un sentido o en otro al ausente, para que lleguen a todas partes en un ámbito de extensión hoy sin otros límites apenas que los mismos que circundan al mundo. Es allí donde se pueden aprovechar no sólo los modernos inventos de difusión y propalación de noticias, sino también los medios oficiales que el Estado tiene a su alcance, como las Embajadas, Legaciones, Consulados, Oficinas turísticas, y la multitud de agencias de propaganda e información que hoy todas las naciones tienen montadas; y así ha sido, en efecto, y de esta forma vemos completamente descargada a la Ley de preceptos cuyo desenvolvimiento no le pertenece.

J. ROBLES FONSECA

Secretario Auxiliar de la Comisión General de Codificación

(Concluirá en el número próximo.)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1940.—*Participación del socio, que pide la disolución de una Sociedad, en sus beneficios hasta su liquidación total.*

Una Sociedad, que, aunque no consta haya habido declaración expresa de constituirse en alguna de las formas reconocidas por el Código de Comercio en su art. 122, ni se constituyó por escrito, no llenándose, por tanto, los requisitos exigidos para las Compañías mercantiles en los artículos 119 y 125 del mismo, es, sin embargo, evidentemente, por su estructura jurídica de tipo colectivo, análoga a la que se describe en el número 1.º del art. 122 del C. de C., es disuelta por voluntad de uno de los socios en virtud del art. 1.700, núm. 4.º, del Código Civil. El socio que ha motivado la disolución de la Sociedad exige participación en los beneficios hasta el final de la liquidación. El Tribunal Supremo le da la razón, aplicando, en virtud del art. 1.670 del Código Civil, los artículos 228 y 225 del C. de C., y declarando que por el hecho de la disolución de una Sociedad no desaparece su personalidad para todos los efectos de la liquidación, y que los negocios de liquidación pueden dar lugar a que la Sociedad durante este período obtenga nuevos ingresos o rendimientos, a cuya participación tiene indudable derecho el que provocó la disolución, así como debe estar sujeto a las responsabilidades que de tales operaciones resulten.

SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1940.—*Usufructo de beneficios.*

Por testamento se había concedido a las demandantes el usufructo vitalicio sobre las 3/4 partes de la tercera parte del 20 por 100 de las cuotas de ingreso de socios en un Banco de Edificación. El problema que se discute es el de saber si el usufructo comprende en concepto de

frutos la totalidad de dicha participación de cuotas, o solamente los intereses de las cantidades que las representan. El Tribunal Supremo, rechazando el recurso de casación, dice que, en virtud del art. 475, párrafo 2.º, del Código Civil, pertenecen íntegramente y en pleno dominio a las demandantes, en concepto de frutos civiles, las cantidades correspondientes a la parte alícuota en las cuotas de ingreso. El penúltimo Considerando reza: "Que, en contrario de esta conclusión, estima el recurrente que la Sala sentenciadora infringió, por indebida aplicación en este pleito, el art. 475, párrafo 2.º, del Código Civil, porque las cuotas de ingreso en el Banco no tienen el concepto de *beneficios sociales*, regulados en dicho precepto legal, y esto no es así: 1.º Porque el concepto de *beneficio* a que alude el repetido art. 475 comprende todas las utilidades correspondientes a partícipes en una explotación industrial o mercantil, y utilidades son los rendimientos que al socio fundador concede el art. 113 de los Estatutos del Banco; y 2.º Porque, aunque fueran sinónimas las palabras *beneficios*, que usa la Ley, y *beneficios sociales*, que emplea el recurrente, siempre resultaría que si para los socios comunes el beneficio social está representado por la ganancia líquida de la Sociedad, para el socio fundador suele establecerse, como se estableció en el caso de autos, otra fuente de ingresos, similar a beneficio social complementario, en premio al mérito de la iniciación y puesta en marcha del negocio social."

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1940.—*Honorarios del Notario por los trabajos de partición.*

Según el Tribunal Supremo, constituye la designación de una o varias personas, hecha por los interesados en una testamentaria, para que con el carácter de contadores procedan a la división del caudal, un contrato, no regulado especialmente por la Ley, pero comprendido en el concepto general que implican los artículos 1.254 y siguientes del Código Civil. Siendo así, los trabajos de partición de la herencia pueden ser objeto de retribución, como aparece del art. 908 del Código Civil. Cuando el contador es un Notario, tiene derecho a percibir honorarios por la redacción del cuaderno particional, aparte de los que con arreglo al arancel le correspondan por la protocolización; y como las gestiones practicadas para obtener la liquidación y realizar el pago del impuesto pueden ser complementarias de aquellos trabajos, a ellas debe alcanzar

la remuneración. Sin embargo, si bien la cuenta formulada por el Notario comprende el importe de sus derechos de arancel y el de sus honorarios, aparecen unos y otros en partidas distintas, y pueden determinarse con perfecta separación las cantidades que por cada concepto se reclaman. En consecuencia, si el recurrido, o sea el Notario, se negó a percibir solamente los derechos de arancel que se le ofrecían, pudo quedar libre el recurrente mediante la consignación, y al no haberla hecho, es procedente la condena al pago del interés legal de dicha cantidad a contar de la fecha de la admisión de la demanda.

* * *

La doctrina de la sentencia anterior es tan clara y contundente, que no necesita ninguna aclaración. Queda en lo incierto el carácter o naturaleza del contrato que el cliente realiza con el profesional que se encarga de sus asuntos. El Supremo se limita a decir que es un contrato oneroso. Recuérdese que en junio de 1907 estimó que los servicios de los Abogados caían en la esfera del mandato, siguiendo a Dernburg. Planiol y De Diego, por el contrario, entienden que los Notarios no son mandatarios de sus clientes, porque no hacen por ellos ningún acto jurídico ni los representan, sino que ejercen su profesión y obran en su propio nombre, aunque en provecho de otro.

Véase sobre este punto Castán: *Derecho civil español común y foral*, tomo II, pág. 578 (2.^a edición), de donde se han tomado las anteriores notas.

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1940.—*Cesión de arriendo y subarriendo.*

El arrendatario de una dehesa convino con una comisión de colonos el traspaso del contrato de arriendo mediante documento en el que no intervinieron los arrendadores. Por tanto, no se hizo cesión de arriendo, sino subarriendo. Considerando que, en consecuencia, en el pleito entre el propietario y el arrendatario, en el que fueron parte los subarrendatarios, no pudo ser objeto de discusión ningún extremo del contrato de subarriendo, es indudable que con acierto procedió el Tribunal *a quo* al omitir en su fallo la declaración de si los subarrendatarios vie-

nen obligados a abonar el tercio de la recolección o sólo la parte de renta catastrada asignable a las parcelas cultivadas, y que haciéndolo así no aplicó indebidamente el principio de que nadie puede ser condenado sin ser vencido en juicio.

* * *

Al final de la sentencia de 6 de febrero último (número 142) dimos una breve nota relativa a arrendamientos urbanos. Para los arrendamientos rústicos, véanse: Benjumea: *El arrendamiento rústico en las modernas legislaciones*, Madrid, 1934; Garrigues: *La prórroga de los arrendamientos y la revisión de rentas de fincas rústicas*, Madrid, 1932; Vázquez: *Arriendos y desahucios rústicos y urbanos*, La Coruña, 1935; Vellando: *Los arrendamientos rústicos*, Madrid; Salazar y Pons: *Los arrendamientos de fincas rústicas*, Madrid, 1926; Royo Martínez: "La indemnización debida al arrendatario de fundos rústicos por las mejoras introducidas en los mismos durante el arrendamiento", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 158, pág. 260; Tassinari: "La indemnización de mejoras en el arrendamiento", en la misma Revista, tomo 155, pág. 443 (trad. de Juan Beneyto), y consúltese sobre cesión de arriendo el importante trabajo de Castro: "Cesión del arrendamiento y subarriendo", en la misma Revista, tomo 156, pág. 130, y Foncillas: "La cesión del arrendamiento y el problema de su realidad", en REVISTA CRÍTICA, tomo IV, pág. 671.

SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1940.—*Simulación.*

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia de Madrid, que había aceptado la validez de una donación, disfrazada por una compraventa simulada, declarando que la compraventa es nula si falta el precio que constituye su causa, y que tampoco puede afirmarse una donación por no resultar probada su existencia del modo que exige el artículo 633 del Código Civil, ni constar la aceptación auténtica, según el art. 630 del mismo cuerpo legal.

* * *

La sentencia extractada coincide esencialmente con la doctrina sostenida por la de 30 de junio de 1931, publicada en el tomo VIII de esta REVISTA (pág. 219), en un caso de venta realizada por un padre a favor de su hijo, por precio confesado, encubriendo una donación.

Para un estudio de la simulación, recomendamos la obra, que, a pesar de su modernidad, ya puede considerarse clásica, de Ferrara: *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926, y la bibliografía que insertamos al final de la sentencia de 23 de diciembre de 1935 (tomo XII, pág. 623).

Sobre donación, véanse las sentencias de 21 de junio de 1932 (tomo IX, pág. 464), que determina los requisitos de la donación de inmuebles, y la de 21 de noviembre de 1935 (tomo XII, pág. 536), que estatuye los necesarios para la donación de muebles; al final de la misma citamos el trabajo de Xirau sobre la donación en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 143, pág. 297.

La doctrina de la causa tiene abundante bibliografía; puede verse al final de las siguientes sentencias: 14 de noviembre de 1932 (tomo IX, página 619), 14 de enero de 1935 (tomo XI, pág. 377), 21 de marzo de 1935 (tomo XI, pág. 707) y la antes citada de 23 de diciembre de 1935 (tomo XII, pág. 623).

SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1940.—*Perjuicios y daños. Costumbre.*

En la sentencia recurrida se halla declarada como obligación exigible a determinada Compañía la de indemnizar al actor en la parte correspondiente al mismo, según su participación en la herencia del maestro P., por haber contravenido la mencionada Sociedad, en daño y perjuicio de los herederos de éste, el contrato indicado, al transmitir a otras Compañías su personal y exclusivo derecho de reproducción por gramófono de las obras del referido compositor. La Sala de lo Civil de Madrid, después de fijar como equivalente económico del daño las ganancias obtenidas por la entidad demandada con los discos reproducidos por sus cesionarios, limitó en el tercero de los pronunciamientos del fallo la obligación de la mencionada entidad al abono al actor en la proporción correspondiente a su derecho hereditario, de la mitad del importe que aquélla tenga cobrado por los sellos adheridos a los discos vendidos por las Compañías cesionarias. Esta apreciación, no sustentada con cita alguna y carente de raíz en lo discutido en el juicio, es

ineficaz para justificar el pronunciamiento expresado. En cambio, no se puede apreciar el segundo motivo del recurso, puesto que mal cabría admitir como fuente de derecho para la decisión de lo cuestionado una costumbre que se supone nacida en 1908, cuando, apartándose de ella, otorgaron las partes en 1917 el contrato, que es para las mismas ley, contra la que no puede prevalecer aquélla.

* * *

Es bastante copiosa la jurisprudencia sobre indemnización de daños y perjuicios. De las publicadas en esta REVISTA, citaremos, como más interesantes, las siguientes: 18 de marzo de 1932 (tomo IX, pág. 206), 21 de abril de 1932 (tomo IX, pág. 215), 25 de enero de 1933 (tomo IX, pág. 713) y 4 de febrero de 1933 (tomo IX, pág. 304).

Para un estudio de la costumbre, véanse: García Alas: "Las fuentes del Derecho y el Código Civil alemán", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 146, pág. 174; Noguer: "Ley y costumbre", *Revista Jurídica*, tomo V (año 1907), pág. 472; Navarro: "La costumbre y el Código", breve trabajo publicado en *Gaceta de Registradores y Notarios*, tomo 57, pág. 272; Ramírez de la Torre: "Ley y costumbre en la bibliografía inglesa", *REVISTA CRÍTICA*, tomo II, página 388 (recensión de la monografía de Sadler); Carreras: "La ley y la costumbre del lugar", *Revista de los Tribunales*, tomo 55, pág. 32 (en el que analiza un caso de cobro de aranceles eclesiásticos); De Diego: "El uso, los usos sociales y los usos convencionales", discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas; De Buen: *Derecho civil común*, 3.^a edición, pág. 20 (Madrid, 1935); Costa: *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, Madrid, 1883, pág. 164; De Diego: *Fuentes del Derecho civil español*, Madrid, 1932.

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1940.—Cosa juzgada.

Don Sebastián Trullol enajenó a D. Francisco Vidal y a D. Francisco Puig un derecho de retracto referente a la finca "Manso Trullol Casellas". En la reconvencción del primer pleito reclamó Trullol, mediante la acción reivindicatoria, la devolución de la mencionada finca, basándose en la nulidad del contrato por simulación y dolo, y alegando además no haber recibido la totalidad del precio expresado en la escri-

tura de enajenación. Su reconvencción fué desestimada. En la presente litis ejercita el Sr. Trullol una acción personal, mediante la que reclama la devolución de la finca, basándose en el carácter usurario del contrato de enajenación, y alegando además la falta de entrega de la totalidad del precio declarado. El Tribunal Supremo rechaza el recurso en virtud del artículo 1.252 del Código Civil. El fundamento de las acciones ejercitadas en ambos pleitos por el recurrente estriba en la falta de entrega de la totalidad del precio declarado, es decir, que existe la identidad de causa. La circunstancia de reclamar por acción personal lo que antes se pidió ejercitando acción real, no impide la estimación de la cosa juzgada si una y otra representan igual pretensión, apoyada en el mismo título; siendo de tener en cuenta, además, que el supuesto vicio de usura era conocido del recurrente, y pudo haberlo invocado en el pleito anterior. Finalmente, que si bien Puig y Vidal ostentaron en el pleito anterior el carácter de propietarios de una finca y de sus frutos, igualmente contendieron Trullol con la calidad de enajenante y aquéllos de adquirentes del derecho de retracto convencional, de donde resulta evidente que, además de la no discutida identidad de personas, concurre la de calidad con que éstas litigaron en uno y otro pleito.

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1940.—*Liquidación de Sociedades.*

El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación, puesto que no existe la violación del art. 234 del Código de Comercio, por cuanto el artículo 234 se refiere a la intervención de los padres en la liquidación de las Sociedades mercantiles en que tengan interés personas menores de edad o incapacitadas, y la intervención de la demandante en este pleito no está comprendida en ese caso, pues el menor no tenía interés en la Sociedad, ya que todo el haber social de su difunto padre había sido adjudicado a su madre y al hermano de ésta, y no se trata en este litigio de nada que afecte a la liquidación de la Sociedad mercantil "Crespo Lacedón", y que no existe tampoco la violación de la regla 1.ª del art. 48 del Código de Comercio, toda vez que la observó la Sala escrupulosamente fijando el saldo de la cuenta corriente de D. Francisco Crespo Jordá en la época de su fallecimiento de acuerdo con los libros de la Sociedad, que es lo que se reclama en estos autos, y no tenía por qué hacerse cargo del movimiento posterior de dicha cuenta.

SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1940.—*Fuerza probatoria de las certificaciones de defunción.*

El Tribunal Supremo reafirma su jurisprudencia (sentencia de 12 de mayo de 1904) referente al art. 1.218 del Código Civil, según la que, en virtud de ese precepto, las partidas de defunción acreditan el fallecimiento de la persona a que se refieren y en la fecha que indican, pero nada respecto a la filiación de determinada persona, la cual se prueba con las partidas de matrimonio y nacimiento, según el art. 115 del Código Civil y sentencia de 9 de enero de 1890.

SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1940. — *Patria potestad. Casación. Compensación.*

Se trata del pleito de un hijo contra su madre, y de dos recursos interpuestos por el actor y la demandada, respectivamente. El actor, que reclama la hijuela que le fué adjudicada en propiedad en la sucesión de su abuela paterna, invoca el tiempo que, siendo menor de edad, vivió separado de su madre, a la que, por tanto, no correspondía entonces el usufructo y la administración, en virtud del art. 160 del Código Civil. Pero la sentencia recurrida se funda en no haber sido comprobado con certeza el hecho de que la vida separada del actor lo fuera con verdadera independencia y sin auxilio alguno de su madre, y esta apreciación de hecho no ha sido debidamente impugnada en el recurso. La demandada se basa en el número 7.º del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando omisiones del Tribunal sentenciador. El Tribunal Supremo rechaza este motivo, puesto que la Sala sentenciadora no ha mencionado los hechos alegados en el recurso ni ha recogido las pretensiones que la parte demandada ha basado sobre esos hechos. Por tanto, no es posible llenar tal omisión atribuyendo a la sentencia recurrida, al abstenerse de resolver sobre tales pretensiones, error en la apreciación de la prueba, pues ésta no ha sido apreciada en ningún sentido, por lo cual es manifiesto que el fallo no puede ser atacado, con arreglo al número 7.º del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil. Finalmente, la demandada pretende compensar su deuda con una deuda de su hijo, dimanante de alimentos concedidos después de haber llegado éste a la mayoría de edad. Pero, aunque estos alimentos deben recaer sobre el patrimonio del actor, toda vez que no tenía ya derecho a re-

cibir alimentos de su madre, por ser mayor de edad, tener bienes propios y poder ejercer un oficio o profesión, no constituyen, sin embargo, cantidad líquida por no estar determinada su cuantía, y, en su virtud, no procede la compensación del número 4.º del art. 1.196 del Código Civil.

SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1940.—*Transacción.*

Habiendo discusiones entre la Sociedad "Riegos de Tierras Altas del Valle de Cárcer" y el contratista D. Leopoldo Ortiz, dió la mencionada Sociedad plenos poderes a D. Augusto Príncipe y D. Julián Ribera para que se pusieran de acuerdo con el contratista. El 5 de febrero de 1931 ambas partes llegaron a una transacción, cuya cláusula cuarta reza de la manera siguiente: "Que habiendo superado el coste de las obras la suma de 207.000 pesetas, el contratista solicitaba, por medio de escrito de súplica dirigido a la representación legal de la Sociedad, la cantidad que en conciencia y de común acuerdo fijaran los Sres. Príncipe y Ribera." En el recurso de casación mantiene el contratista la nulidad de la transacción, basándose en el art. 1.256 del Código Civil, puesto que la determinación de la cantidad prevista en la mencionada cláusula depende de la voluntad de los Sres. Príncipe y Ribera, como representantes de la Sociedad. El Tribunal Supremo rechaza el recurso, distinguiendo el papel de los mencionados señores como representantes de la Sociedad al negociar la transacción, por un lado, y su papel como mandatarios sin representación o mediadores, designados por las dos partes contratantes, para actuar después de la celebración del contrato en la ejecución de la cláusula cuarta. Se trata más bien de una obligación condicional, por constituir la fijación del aumento del precio un requisito previo, del que depende el cumplimiento por parte de la Sociedad de la obligación de pago dimanante de la cláusula cuarta. Los Sres. Príncipe y Ribera son terceros a los efectos del art. 1.115 del Código Civil.

SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1940.—*Constitución de hipoteca.*

El 11 de agosto de 1931 otorgó escritura D. U. M., en representación de la Sociedad regular colectiva "Muela Hermanos y D. Manuel R. de T.", hipotecando una finca de la Sociedad. Ese contrato no obligó a la Sociedad por cuanto la cláusula 28 de la escritura social requiere

para tales casos acuerdo de los socios en junta por mayoría. El 27 de agosto de 1931 fué declarado el estado de suspensión de pagos, anotado en el Registro de la Propiedad en 13 de enero de 1932. La suspensión de pagos terminó por convenio de la Sociedad con sus acreedores, en el cual cedía, entre otros bienes, la finca objeto de la hipoteca, cuyo dominio pasó a la Anónima, constituida en 4 de enero de 1933, en cumplimiento de dicho convenio. El 15 de marzo de 1932 ratificaron y subsanaron los socios D. José Muela y D. José Parra la escritura del 11 de agosto de 1931, declarando en la nueva escritura de que ambos habían autorizado al gestor D. U. M. para que otorgara la mencionada hipoteca, autorizándolo además para que otorgara nueva escritura confirmando. La demanda solicita que se condene a la Sociedad a ratificar la hipoteca. La Sala sentenciadora ha dado lugar a la demanda. El Tribunal Supremo casa la sentencia, porque, 1.º, la subsanación de la escritura del 11 de agosto de 1931 sólo podía conseguirse mediante un acuerdo tomado por la mayoría en junta de socios celebrada con ese objeto, en observancia de la cláusula 28 de la escritura social; 2.º, porque, declarado el estado de suspensión de pagos, estaba limitada la capacidad jurídica para contratar a nombre de los socios, conforme a los artículos 4.º y 6.º de la Ley de 26 de julio de 1922, y 3.º, porque no se puede condenar a la Sociedad a ratificar la hipoteca de un inmueble respecto al cual ya no tenía la cualidad de dueña.

SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1940.—*Simulación y obligación solidaria.*

La sentencia recurrida afirma que el que realmente contrató e intervino como directo interesado, y, por consiguiente, contrajo la obligación, era D. J. T. L., que se sirvió de D. R. M. P. para realizar un encubrimiento simulatorio. En este caso—declara el Tribunal Supremo—contrajo D. J. T. L. la mencionada obligación en los mismos términos y con los propios efectos de la estipulación, aunque, de acuerdo con los demás contratantes, se encubriesen su nombre y persona. Como la estipulación contiene una obligación solidaria en virtud del art. 127 del Código de Comercio, se obligó solidariamente D. J. T. L.

SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1940.—*Protocolización de testamento ológrafo.*

El Tribunal Supremo afirma que el testamento ológrafo adquiere validez, según el art. 689 del Código civil, con la protocolización, que le confiere una especie de confirmación judicial y lo eleva a la categoría de documento público, siempre que se hubiera presentado dentro de los cinco años del fallecimiento, sin que sea obstáculo el que el recurrente no conociera la existencia de dicho documento, puesto que el citado precepto establece un plazo de caducidad con efecto automático y con determinación precisa del día en que comienza su computación, y el artículo 1.969 del mismo texto legal sólo es aplicable a la prescripción.

SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1940. — *Ejercicio del derecho de retracto.*

El Tribunal Supremo distingue la prescripción, que sólo produce efectos *ope exceptionis*, y la caducidad, que opera *de officio*. El término que fija el número 1.º del art. 1.618 de la Ley rituarial y el art. 1.524 del Código Civil es de caducidad. El Tribunal Supremo confirma su sentencia del 21 de febrero de 1931, según la cual se ejercita el derecho de retracto, a los efectos del art. 1.524 del Código Civil, a diferencia del artículo 1.618 de la ley de Enjuiciamiento civil, acudiendo al acto de conciliación dentro del plazo de nueve días desde la inscripción en el Registro o desde que el retrayente haya tenido conocimiento de la venta, en defecto de aquella inscripción. También la demanda inicial del pleito estaba promovida en tiempo, por haberse interpuesto dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación, según el art. 479 de la ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1940.—*Competencia.*

Al Juzgado municipal del vendedor corresponde conocer de cuanto se relaciona con el cumplimiento o incumplimiento del contrato, con arreglo al número 1.º del art. 62 de la Ley procesal, porque allí comenzaron los actos de ejecución con la entrega de los muebles al facturarlos a porte debido. En la misma sentencia se declara la no retroactividad de la Ley de 21 de mayo de 1936, en virtud del art. 3.º del Código Civil.

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

En el juicio presente se ejercita la acción redhibitoria derivada de la obligación de garantía que ha contraído el deudor al resultar inservible el único bien mueble que fué adjudicado al actor en ejecución de sentencia dictada por el Juez municipal de Hervás; y aun cuando la acción ahora entablada guarda conexión íntima con la cuestión litigiosa de aquel primer juicio, por cuanto reproduce la reclamación de la cantidad antes pedida, con adición de costas y gastos originados en dicha ejecución infructuosa de sentencia, es lo cierto que se promueve un nuevo juicio declarativo con posterioridad a la Ley de 21 de mayo de 1936, que, por lo tanto, ha de aplicarse, y según la cual es competente el Juzgado municipal del domicilio del demandado.

SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1940.—*Competencia.*

La demanda pide la ratificación de un embargo, trabado en bienes del demandado, en ejecución de la sentencia dictada en juicio de desahucio tramitado ante el Juzgado municipal de León, conforme al artículo 1.602 de la ley de Enjuiciamiento civil. Este mismo Tribunal es competente para la demanda presente, en virtud del art. 55 de la citada Ley, sin que tenga aplicación al caso la Ley de 21 de mayo de 1936.

SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1940.—*Competencia.*

Al no existir principio de prueba del que resulte, a efectos de competencia, que se ha entablado vínculo contractual entre ambos litigantes, y negado por "Industrial Castellana" haber sido parte en el contrato que invoca la actora, son de aplicación las normas generales establecidas en los arts. 1.171 del Código Civil y 62, regla 1.ª, de la Ley rituarial, y, en consecuencia, debe atribuirse el conocimiento de las actuaciones al Juez de primera instancia del domicilio de la entidad demandada.

ENRIQUE TAULET

Notario de Valencia

BIBLIOGRAFIA

El eximio catedrático D. José Castán Tobeñas acaba de demostrarnos en una conferencia, leída en la Real Academia de Jurisprudencia: "La vocación jurídica del pueblo español" (véase esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1940, núm. 142, págs. 158 a 160).

Con mucha alegría saludamos por eso el libro de Jacques Maury, profesor de la Universidad de Toulouse, titulado *Règles Générales des Conflits de Lois* (Sirey, 1937), que con la alegación copiosa de la más moderna literatura española, confirma la tesis halagadora del señor Castán (1). Maury, cuyos trabajos meritorios se extienden también a la Parte Especial del Derecho Internacional Privado (D. I. Pr.) (2) se limita en el libro que tenemos a la vista a la Parte General. Entraremos en el examen del libro bajo el triple aspecto de la naturaleza del D. I. Pr., de su construcción sistemática y de sus problemas generales.

I. NATURALEZA DEL D. I. PR.: El problema que aquí surge es el de saber si el D. I. Pr. es derecho internacional o derecho nacional, y en este último caso si es derecho público o derecho privado; derecho público y privado; o ni derecho público ni derecho privado.

(1) Así, encontramos, por ejemplo, citados al mismo Castán (pág. 88, nota 4), a De Buen (p. 88, n. 4), a Recaséns (p. 34, 35, n. 1; 35, n. 2), a Trias de Bes (páginas 165, n. 4; 243), a Orúe (p. 143, n. 5; 242), a Castro (p. 7 y 8, n. 5; 136, n. 2 y 4; 142, n. 2; 144; 165, n. 1; 170; 170, n. 5; 180; 182, n. 3; 189, n. 4; 190, n. 3; 191, n. 3; 192, n. 4; 240), a Werner Goldschmidt (p. 7, n. 5; 57, n. 1; 65; 66; 67; 69, n. 3; 71, n. 2; 77, n. 3; 78, n. 6; 80, n. 4; 83, n. 1; 134; 135; 135, n. 1 y 2; 136, n. 2; 144; 165, n. 1; 192, n. 4; 203, n. 3; 209, n. 1; 212; 215, n. 3; 241).

(2) Véase, por ejemplo, Maury: *Note alla rassegna di giurisprudenza italiana di Diritto Internazionale Privato*. Anno 1933. Istituto di Studi Legislativi. Roma, 1938. *Estratto dalla Giurisprudenza Comparata di D. I. Pr.*, vol. III, págs. 13 a 30.

1. *¿Es el D. I. Pr. derecho internacional?* Se nos ofrecen a su vez dos hipótesis: puede ser que el D. I. Pr. sea enteramente derecho internacional o que haya por lo menos preceptos en el derecho internacional referentes al D. I. Pr.

a) La opinión de los glosadores ha sido la de la *completa internacionalidad* del D. I. Pr. Existe para todo el mundo un único D. I. Pr. con su división tripartita en estatutos personales, reales y mixtos. El desarrollo histórico que nos ha enseñado que cada país tiene un D. I. Pr. diferente, ha hecho impracticable hoy día esta opinión. Sin embargo, tenemos que indicar el Código Bustamante, fundado en derecho internacional público particular, como un paso importante hacia una unificación del D. I. Pr. (1). Para Europa hemos de mencionar las conocidas Conferencias de La Haya (véase sobre el problema de la codificación internacional Maury, págs. 126 y sigs.). La unificación del D. I. Pr. puede alcanzar cierto punto. Pero no debemos olvidar que el derecho es una función de la situación social que siempre será diferente en los diversos países en cualquier punto importante. Tampoco debemos dejar de nombrar los sistemas de Zitelmann y de Frankenstein, ambos iusnaturalistas en el fondo. A pesar de sus méritos científicos indudables, están expuestos a todas las objeciones de cualquier intento de esta índole. Sin embargo, guardan un alto valor práctico en todos los casos en que no existe un D. I. Pr. positivo (hipótesis en la que fácilmente puede encontrarse un Tribunal Mixto) o en que el D. I. Pr. positivo es deficiente.

b) La segunda hipótesis, la de saber si por lo menos una *parte del D. I. Pr. pertenece al derecho internacional*, es violentamente rechazada por la así llamada escuela holandesa, cuyas teorías han encontrado calurosa acogida en los países anglosajones (referente a estos problemas véase Maury, págs. 10 y sigs.). La escuela holandesa cree que cada Estado legisla en plena libertad sobre las cuestiones del D. I. Pr.; y que sólo la cortesía y el bien entendido egoísmo le harán aplicar derecho extranjero. Desde un punto de vista completamente diferente, llega también Anzilotti a la exclusión radical del D. I. Pr. del derecho internacional. Anzilotti cree, con Kelsen, que cada ordenamiento jurídico

(1) El VI Congreso Panamericano aceptó el 13 de febrero de 1928 el Código Bustamante, convenio, que ha sido ya ratificado por Cuba, Santo Domingo, Costa Rica, Brasil, Perú, Nicaragua, Guatemala y Haití.

emana de una norma fundamental. Ahora bien; el derecho internacional emana de la norma fundamental: *pacta sunt servanda*; el D. I. Pr., en cambio, emana de la norma constitucional interna. Maury (págs. 20 y sigs.) ataca la concepción kelseniana de Anzilotti, objetando que el derecho consuetudinario demuestra la imposibilidad de construir un ordenamiento jurídico de normas dimanantes de una norma fundamental (1). La teoría de Anzilotti es prácticamente importante para el caso de una Ley nacional infractora de un Tratado internacional. Según dicho dogma de la absoluta separación de los dos órdenes jurídicos, el Juez ha de aplicar la ley, puesto que el derecho internacional no existe para él mientras que no se convierte en legislación nacional. La teoría de la separación no puede reconocer tampoco fuentes internacionales del D. I. Pr. como Tratados o costumbres internacionales (sobre estas cuestiones véase Maury, págs. 115 y sigs.). En oposición a estas dos teorías de la nacionalidad del D. I. Pr.: la teoría de la cortesía internacional, y la de la separación del orden jurídico internacional y del orden jurídico nacional, se levanta la opinión de Bartin, según la cual existe una costumbre internacional que establece la obligación para cada Estado de aplicar hasta cierto punto derecho extranjero; cada Estado, en cambio, es libre en la concretización de esta obligación (véase Maury, págs. 27 y sigs.). Este principio puede considerarse desde Savigny y Mancini como de derecho internacional. El "Institut de Droit International" declaró en 1874 que "l'admission des étrangers à la jouissance de ces droits et l'application des lois étrangères aux rapports de droit qui en dépendent, ne pourraient être la conséquence d'une simple courtoisie et bienséance (comitas gentium), mais la reconnaissance et le respect de ces droits de la part de tous les Etats doivent être considérés comme un devoir de justice internationale". Llegamos ahora a las teorías que consideran el D. I. Pr. como derecho nacional.

2. ¿Es el D. I. Pr. derecho nacional?

a) ¿Es el D. I. Pr. derecho público?—Para numerosos autores, el D. I. Pr. es derecho público (véase Maury, págs. 85 y sigs.). Bluntschli lo coloca en el derecho constitucional. Sobre todo, hemos de mencionar aquella teoría que ve el objeto del D. I. Pr. en una delimitación de las soberanías de los diferentes Estados cuyos derechos sean tal vez apli-

(1) Véase también Legaz y Lacambra: "La plenitud del orden jurídico", en REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 112 y siguientes.

cables en un caso dado (véase Maury, págs. 40 y sigs.). Schnell, Raape, Anzilotti, Pillet y Niboyet representan dicha teoría. Creen que el D. I. Pr. delimita los Poderes soberanos de una manera análoga que la Constitución reparte los asuntos del Estado entre la Legislación, la Jurisdicción y la Administración. Sin embargo, opinamos que estos autores debieran incluir lógicamente el D. I. Pr. en el Derecho internacional, porque sobre este campo se ventila la delimitación de las soberanías. La refutación de esta consecuencia indicando la diversidad de los D. I. Pr. (véase, por ejemplo, Niboyet: *Principios de Derecho Internacional Privado*, trad. por Rodríguez Ramón, Reus, 1.^a ed., páginas 38 y 39) no es convincente, porque demuestra sólo que el Derecho internacional se encuentra referente a este punto en una situación caótica, pero no que se trata de derecho nacional, siendo su objeto de la esfera internacional. Anzilotti intenta resolver la antinomia considerando a cada Estado como el *negotiorum gestor* de la sociedad internacional. Esta teoría debe considerar lógicamente como finalidad del D. I. Pr. la "armonía de las diferentes legislaciones" (*Gesetzharmo-nie*), según una expresión de Kahn.

b) *¿Es el D. I. Pr. derecho privado?*—Nussbaum (*Deutsches Internationale Privatrecht*, Tubingen, 1932, págs. 14 y 15) y Wolff (*Internationales Privatrecht*, Berlín, Springer, 1933; pág. 4) mantienen esta teoría, que es el resultado de considerar las normas de colisión como partes integrantes del derecho material cuya aplicación delimitan. También en Francia encuentra esta teoría defensores: Arminjon, Lerebours-Pigeonnière y Lapradelle (v. Maury, pág. 90). Esta teoría debe, con Savigny, exigir del D. I. Pr. nacional que ofrezca soluciones justas, sin tener en cuenta las soluciones de otros países.

c) *¿Es el D. I. Pr. de una naturaleza mixta?*—Esta es la opinión de Maury (págs. 91 y 92). Lógicamente admite Tratados internacionales y la costumbre internacional como fuentes inmediatas del D. I. Pr.

d) *¿Es el D. I. Pr. un derecho "sui géneris"?*—Zitelmann, después de haber abandonado su opinión de la internacionalidad del Derecho Internacional Privado, mantiene, efectivamente, que el D. I. Pr. se caracteriza por no permitir una decisión directa, sino más bien indicar el derecho que la ofrecerá. Encontramos preceptos de la misma índole, por ejemplo, en el Código Civil, si declara aplicable a ciertos matrimonios el derecho canónico o a ciertos negocios el derecho mercantil. Desde este punto de vista, se puede distinguir derecho indirecto (también de-

denominado *derecho externo*) y derecho directo (también llamado *derecho interno*), que, a su vez, puede ser público o privado, material o procesal. El derecho indirecto puede ser internacional o nacional, según lo reconozcan todos los pueblos o según cada pueblo tenga su derecho indirecto especial. Como actualmente nos encontramos con la última alternativa, acoplamos el derecho indirecto dentro del derecho nacional.

II. SISTEMA DEL D. I. PR.: La construcción sistemática del Derecho Internacional Privado puede partir de dos puntos de vista: del derecho objetivo o del derecho subjetivo. Maury elige la segunda posibilidad. Por tanto, vamos a tratar sólo de paso de la primera.

1. Pillet y Niboyet parten del *derecho subjetivo*. Así, dividen el derecho de colisión en dos partes: problema de la adquisición y de la extinción de derechos, por un lado, y problema de la importación de derechos, por otro lado. En el primer caso se trata de determinar la ley que ha de crear un derecho. La misma ley será aplicable al problema de su extinción. En el segundo caso, queremos fijar los efectos que un derecho, válidamente adquirido en cualquier país, produce en cualquier otro. Este segundo caso puede plantearse lisa y llanamente (un hombre, casado en Francia, hace valer en España su estado de casado), o complicado con un problema de la primera clase (un hombre divorciado quiere hacer valer su estado de soltero en un país donde no se admite el divorcio). Hemos de mencionar que el eximio internacionalista español Lasala Llanas también ha propugnado recientemente la teoría de Pillet y Niboyet (*Revista de Derecho Privado*, 1940, págs. 75 y siguientes). Ahora bien: sin querer negar, con Duguit (*La transformación del Estado*, trad. de Posada, Beltrán, págs. 197 y siguientes), la sustancialidad del concepto "derecho subjetivo", y admitiendo, además, la importancia de los "derechos adquiridos" para la labor legislativa, no creemos que el derecho subjetivo como punto de partida del sistema del D. I. Pr. sea conveniente, afirmación cuya prueba exige un artículo especial.

2. Maury, en cambio, parte del *derecho objetivo*; es partidario de la concepción normológica del D. I. Pr. (véanse, por ejemplo, páginas 134, 135, 145, 175, 176, 184 y 188) (1). Esta teoría considera

(1) Esta teoría, inaugurada por Zitelmann y Rabel, ha sido desarrollada en España por Werner Goldschmidt. Véase, sobre todo, *Problemas generales del D. I. Pr.*, Federación de Asociaciones Españolas de Estudios Internacionales, Madrid, 1935; *La*

la norma jurídica, codificada o no codificada, como punto de partida de todo sistema formal jurídico, basándose en los éxitos que la moderna ciencia del Derecho penal consiguió con mencionado método. Cada norma jurídica consta de un tipo legal, una consecuencia jurídica y características negativas. Dice, por ejemplo, el art. 11 del Código Civil español: "Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se rigen por las leyes del país en que se otorguen." En esta norma encontramos el tipo legal en "las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos". Y reza la consecuencia jurídica: "rigen las leyes del país en que se otorguen". En la norma de colisión, en general, se trata en el tipo legal de una cuestión, de un problema (forma y solemnidades de los contratos, sucesión de una persona, bienes muebles, bienes inmuebles, derechos y deberes de familia, derecho procesal, etc.). En la consecuencia jurídica se ordena la aplicación de un ordenamiento jurídico que se determina según ciertos criterios (las leyes del país en que se otorguen los contratos, la ley nacional del difunto, la ley del lugar donde los inmuebles están situados, etc.). Se puede ofrecer la siguiente fórmula, expresiva de la estructura de la norma de colisión, fórmula que Maury (páginas 134 y 135) en lo esencial acepta. En toda norma de colisión se nos dan una cuestión *a* en el tipo legal, y un ordenamiento jurídico *X* que se ha de determinar según ciertos criterios (los así llamados *puntos de conexión*), que podemos llamar *z*. El orden jurídico del Juez que conoce del asunto se llama *O*¹. Finalmente, encontramos también características negativas de la norma de colisión (comparables en el Derecho penal con las causas de exención de pena). La característica negativa más importante es el Orden Público Internacional, que impide la aplicación de derecho extranjero, mandada por la norma positiva de colisión, por infringir esta aplicación de derecho extranjero, en el caso concreto, concepciones esenciales del Estado. Así, habla Maury (pág. 239) de las "exceptions ou limitations au jeu de la règle de conflit".

Ahora bien: primeramente se plantea la cuestión: ¿en virtud de qué ordenamiento jurídico tenemos que interpretar el tipo legal *a* y las dos partes *X* y *z* de la consecuencia jurídica? Esta cuestión abarca el

consecuencia jurídica de la norma del D. I. Pr., Bosch, Barcelona, 1935; dos artículos en esta REVISTA, 1936, págs. 506 y siguientes, y págs. 581 y siguientes; *Problemas de competencia en el D. I. Procesal de España*, en Homenaje a Streit, Grecia, 1939.

problema de las *calificaciones*. Puede ser que se califique tanto *a* como *X* y *z* según O^1 ; puede ser también que se califique *X* y *z* según O^1 , y *a* según el ordenamiento jurídico O^2 que *X* indique. Hay, además de éstas, otras posibilidades, que aquí no son del caso. En segundo lugar, se plantea la cuestión: ¿a qué se refiere *X*? Esta cuestión abarca tanto el problema del *reenvío* como el problema de la *aplicación del derecho extranjero*. Porque diciendo, por ejemplo, que *X* se refiere a un ordenamiento jurídico extranjero en su totalidad, es decir, a su derecho interno, más su D. I. Pr., llegamos al problema del *reenvío*, mientras que esquivamos esta cuestión aceptando que *X* sólo se refiere al derecho interno extranjero. Por otro lado, las dudas de si *X* se refiere al derecho extranjero como tal derecho o como uso jurídico, nos conducen al problema de la aplicación del derecho extranjero, porque tratándose de derecho verdadero el Juez indígena tiene que manejarlo como derecho, mientras que, en cambio, el uso jurídico representa un mero hecho con todas sus consecuencias procesales (no casabilidad de una sentencia infractora de derecho extranjero, obligación de las partes de alegar y probar derecho extranjero, etc.). Tenemos que mencionar que Maury no acepta esta posición sistemática del problema de la aplicación del derecho extranjero. Maury aborda este problema en su primera parte: "Le concept de la règle de conflit", donde se ventilan los problemas que nosotros hemos colocado en la primera sección bajo el título "Naturaleza del D. I. Pr.". Además, subdivide Maury el problema en dos capítulos: "El título de la aplicación de la ley extranjera" y "La aplicación de la ley extranjera". Sin embargo, queda lo esencial, el punto de partida normológico, decidiéndose estas cuestiones secundarias pronto en uno u otro sentido (véase Maury, págs. 52 y siguientes). Al final hay que tener en cuenta las características negativas, sobre todo el Orden Público.

III. PROBLEMAS GENERALES DEL D. I. PR.:

1. *Problema de las calificaciones*. — Supongamos el testamento ológrafo de un holandés, otorgado en Francia. Holanda prohíbe esta clase de testamentos; Francia, en cambio, los admite. Ahora bien: planteándose el pleito en torno de su validez o nulidad en Holanda o en Francia, los D. I. Pr. de los dos países conocerán dos artículos que son de posible aplicación. Un precepto del D. I. Pr. aplica a la forma de los actos la ley del lugar donde se han efectuado (en nuestra hipótesis, la ley francesa); otro precepto aplica a la capacidad de las personas su ley

nacional (en nuestra hipótesis, la ley holandesa). Caso que haya de aplicarse el primer precepto, el testamento resulta válido; caso que haya de aplicarse el segundo, el testamento será ineficaz. El derecho francés "califica" (para utilizar la palabra mágica) nuestra cuestión como problema de forma; el derecho holandés la califica como problema de capacidad. ¿En sentido de cuál de ambos órdenes jurídicos ha de interpretarse el D. I. Pr.? El problema parece sutil. Sin embargo, encontramos en la vida vulgar dificultades análogas. Refiriéndonos a la capital bávara, pueden surgir dudas, si la hemos de escribir según la lengua castellana (Munich) o según la lengua alemana (München). Normalmente no se plantea esta cuestión, porque todas las palabras habrán de emplearse según el diccionario español. Pero aquí nos encontramos con un caso anormal, puesto que contiene elementos extranjeros. De manera análoga, habremos de interpretar normalmente un precepto del derecho español según el espíritu de la legislación española; pero si excepcionalmente nuestro caso contiene elementos extranjeros, pueden surgir dudas de si no aquella legislación extranjera debe ser la instancia interpretadora.

a) La teoría dominante, y también la de Maury (págs. 165 y 166), es la así llamada *teoría de la "lex fori"*. Esta teoría elige como instancia interpretadora de la norma de colisión el derecho interno del Juez que conoce del asunto. Si, por ejemplo, se entabla demanda en España referente a ciertos objetos destinados para una finca en Francia, y nos encontramos ante la duda de si se trata de muebles o de inmuebles, a los efectos del art. 10, párr. 1.º, del Código Civil (norma de colisión), hemos de interpretar dicho precepto, según mencionada teoría, en virtud de los artículos 334 y 335 del Código Civil (derecho interno del Juez), y no debemos desprender la definición del derecho francés. Hablando en el lenguaje de nuestro esquema, hemos de interpretar *a*, *X* y *z* según *O*¹. Esta teoría de la ley interna del Juez dimana de la concepción de la nacionalidad del D. I. Pr., por lo cual no apetece una armonía de todas las legislaciones, sino una solución justa, dentro de la relatividad de su legislación. Puesto que puede ser, por ejemplo, que en la hipótesis anterior hayamos de calificar las cosas como inmuebles según el derecho civil interno de España, por lo cual debemos aplicar derecho francés, en virtud del art. 10 del Código Civil español. Pero, según el derecho francés, se consideran estas cosas tal vez como muebles, de modo que el Juez francés aplicaría derecho español. Sin embargo,

esta contradicción no importa a la teoría de la *lex fori*, que tiene en cuenta meramente su propio derecho mientras que se trata de la interpretación de la norma de colisión.

b) Existe otra teoría, que se denomina *teoría de la "lex causae"*, y que es una teoría mixta, tanto en su aplicación técnica como en su finalidad. La *teoría de la "lex causae"* interpreta los puntos de conexión según la ley interna del Juez (residuo de la *teoría de la "lex fori"*), e interpreta el tipo legal según el orden jurídico indicado por los puntos de conexión (*lex causae*). En la norma de colisión referente a los muebles representa el punto de conexión "la nacionalidad de su propietario"; en la norma de colisión referente a los inmuebles lo es "la legislación del país donde están sitos". Ahora bien: los conceptos "nacionalidad", "propietario", "situación", han de desprenderse de la ley interna del Juez. Pero las definiciones de "muebles" y de "inmuebles" han de deducirse de la ley nacional del propietario y de la ley de la situación, respectivamente. De esta manera no se aplicará un derecho que no quiere ser aplicado. Traducción al lenguaje esquemático: z se interpreta según O^1 ; a , en cambio, en virtud de O^x , indicado por z . Esta teoría parte de la nacionalidad del D. I. Pr.; sin embargo, apetece conseguir una armonía legal.

c) Una tercera teoría, que puede denominarse *teoría de la "lex communis"*, parte de la internacionalidad del D. I. Pr., y busca, por tanto, sus definiciones en un terreno todavía no roturado, y que representará un derecho universal, constituido mediante un método de generalización sobre la ciencia del Derecho comparado.

d) No falta tampoco una *concepción escéptica*, defendiendo la insolubilidad del problema, basándose en las dificultades, forzosamente imprevisibles, que resultan de la concatenación de numerosos derechos diferentes e inconstantes. Maury (págs. 136 y siguientes) aborda las diversas teorías con gran maestría, haciendo sólo caso omiso de la última.

2. *Problema de la aplicación del derecho extranjero*.—Este problema consiste en la investigación del objeto de referencia de X . Dos grupos de teorías están opuestos: un grupo de teorías cree que X se refiere a derecho (teorías de derecho); otro grupo cree, en cambio, que X se refiere a hechos (teorías de hecho).

a) *Teorías de derecho*: En ellas hay que distinguir dos cuestiones: la primera pregunta por la cantidad; la segunda, por la calidad del

derecho referido. La primera pregunta se conoce por el título "problema del reenvío".

aa) Problema del reenvío (véase Maury, págs. 195 y siguientes): Supongamos la herencia de un inglés domiciliado en España. El art. 10, párrafo 2.º, del Código Civil español nos manda la aplicación del derecho nacional del difunto, o sea del derecho inglés. ¿Qué ha de entenderse por "derecho inglés"? ¿Qué cantidad de derecho inglés ha de aplicarse? Aquí surgen tres teorías, que pueden denominarse teoría de la referencia máxima, media y mínima. La "teoría de la referencia máxima" declara aplicable el derecho inglés en su totalidad, es decir, no sólo su derecho interno, sino también su D. I. Pr. Por tanto, no debemos aplicar en nuestra hipótesis el derecho de sucesión inglés sin más ni más, sino hemos de consultar antes el D. I. Pr. inglés, que declara aplicable en nuestro caso el derecho del domicilio del difunto, o sea el derecho español. Esta teoría apetece la armonía legal, y rehuye por eso la aplicación de un derecho que, a su vez, no quiere ser aplicado. Los adversarios de dicha teoría le hacen la objeción de la "pelota de tennis": el derecho español indica al derecho inglés; el derecho inglés indica al derecho español; el derecho español indica al derecho inglés, etc., *ad infinitum*. La "teoría de la referencia media" intenta escapar a este reproche deportista. Según ella, X indica el derecho extranjero interno y aquellas normas del D. I. Pr. extranjero que declaran la aplicabilidad de este mismo derecho extranjero. Esta teoría respeta también el derecho extranjero, y lo aplica sólo si éste mismo se declara aplicable mediante su propio D. I. Pr. Sin embargo, no respeta, en caso contrario, la solución del derecho extranjero (en nuestro caso, su indicación del derecho español), sino se retira, después de haber recibido la calabaza del derecho extranjero, orgullosamente a su D. I. Pr., buscando en él una nueva solución más feliz. Bien es verdad que la situación poco desarrollada del D. I. Pr. codificado dificulta su tarea. Si no nos es posible aplicar el art. 10, párr. 2.º, del Código Civil español, por rechazar el derecho inglés la invitación, ¿cuál norma de colisión viene a nuestra ayuda? La "teoría de la referencia mínima" evita todas las dificultades prácticas. Según ella, se refiere X al derecho extranjero interno. Por tanto, ha de aplicarse el derecho inglés de sucesión, y no debemos hacer caso del D. I. Pr. inglés. La "teoría de la referencia mínima" apetece una solución justa, dentro de la relatividad de su legislación, sin buscar la "armonía legal".

bb) Calidad del derecho referido: Según una teoría, aplicase el derecho extranjero como tal derecho extranjero. Según otra teoría, realizase una conversión del derecho extranjero en derecho nacional (teoría de la incorporación). Algunos opinan que esta transformación se realiza mediante el D. I. Pr. patrio, que declara aplicable al derecho extranjero (transformación legal). Otros defienden la tesis de que la incorporación se efectúa mediante la sentencia judicial, que aplica el derecho extranjero (transformación judicial), no faltando tampoco teorías intermedias. Los partidarios de la transformación legal, a su vez, se bifurcan en dos escuelas: una escuela habla de una transformación formal, según la que el mismo derecho extranjero es declarado derecho nacional; la escuela enemiga mantiene, en cambio, una transformación material, según la que el legislador nacional dicta leyes análogas a las leyes extranjeras referidas por el D. I. Pr. patrio. Todas estas teorías tienen importancia teórica referente a la explicación del funcionamiento del Orden Público, referente a la relación de ley y de sentencia, etc., y poseen también importancia práctica en lo que hace al tratamiento del derecho extranjero en el proceso. Maury (véase págs. 52 y siguientes) separa el problema de la cantidad y de la calidad del derecho extranjero referido, abordando el último en su primera parte.

b) Después de haber enumerado las *teorías de derecho*, llegamos ahora a las *teorías de hecho*, que consideran el derecho extranjero como mero hecho. Existen varias; entre ellas, la doctrina de la escuela de Harvard y la "teoría del uso jurídico". Las "teorías de derecho" exigen del Juez nacional que declare qué derecho rige en el extranjero. La "teoría del uso jurídico", en cambio, exige del Juez nacional que compruebe lo que los Jueces extranjeros declaran derecho en su patria respectiva. Según la "teoría de derecho", el Juez dice del derecho extranjero: "*ita ius esto*"; según la "teoría del uso jurídico", dice: "así será probablemente la sentencia del Juez extranjero". Maury (págs. 65 a 67) cree poder liquidar la diferencia concediendo a la "teoría del uso jurídico" que "derecho extranjero" no se refiere sólo a la norma legal, sino también a la interpretación que la jurisprudencia extranjera le da. Pero este problema de interpretación está separado por un abismo de la lucha entre las "teorías jurídicas" y las "teorías de hecho". Se plantea la cuestión de si el Juez puede cumplir la tarea que la "teoría del uso jurídico" le atribuye, sobre todo en el caso en que en el derecho extranjero no exista ningún precedente, de modo que el Juez nacional no posea

puntos de apoyo para fallar su juicio de probabilidad. En esta hipótesis el Juez nacional tiene que hacer las veces del Juez extranjero. Sin embargo, queda intacta la diferencia entre su actividad y la del Juez extranjero, que corresponde a la que media entre el informe de un abogado consultado o el de un romanista, referente al derecho romano, y la sentencia de un Juez. Es verdad que el informe jurídico del Juez nacional sobre el derecho extranjero es capaz de cierta generalización (Maury, págs. 66 y 67), pero no representa ya por eso creación de derecho. Porque, aunque la generalizabilidad de toda sentencia judicial es condición necesaria del papel del Juez como creador de derecho, no es condición suficiente, puesto que le hace falta además la autoridad estatal para fallar el "*ita ius esto*". Esta autoridad la niega el Estado al Juez según la "teoría del uso jurídico". La "teoría del uso jurídico" abarca el problema del reenvío. Naturalmente, no es posible tratar aquí de todas estas cuestiones (1).

3. *Problema del Orden Público*. — Maury (pág. 239) no lo aborda.

El libro de Maury trata de todos los problemas generales de la norma positiva de colisión. Expone, con una fidelidad digna del mayor elogio, todas las teorías en boga; también las teorías opuestas a su opinión; sus críticas son modelo de comprensión e imparcialidad. Para informarse de las corrientes modernas en el D. I. Pr., sirve el libro como ningún otro.

* * *

El conocido especialista del Derecho Penal Financiero D. Antonio Rodríguez Sastre, autor de numerosos y meritorios libros acerca de la indicada materia, entre los cuales mencionamos solamente *El delito financiero* (Madrid, 1934), ha publicado una nueva obra, intitulada *Temas de Derecho Penal Financiero: delito tributario* (Madrid, Ediciones Rayfe, 1940). Esta publicación es, teórica y prácticamente, muy estimable. En el campo teórico, contiene una síntesis del Derecho Penal Financiero y un desarrollo del delito tributario. A la práctica ofrece un comentario detallado de la Ley de 5 de enero de 1939 sobre ocultación fraudulenta

(1) Sobre la "teoría del uso jurídico", Suplemento 352 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO; y Balogh en "Homenaje a Streit", págs. 74, 78 a 81. 90 a 93.

de beneficios extraordinarios de guerra. Un apéndice abarca el texto de la mencionada Ley, así como todas las Ordenes y Decretos referentes a ella.

* * *

EL DERECHO HEREDITARIO EN LA TÉCNICA Y EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, por D. Eloy Escobar de la Riva.—San Fernando, 1939.

En un folleto de 24 páginas, el autor, premio extraordinario de la Licenciatura en Derecho y Teniente coronel, Auditor del Cuerpo Jurídico de la Armada, expone el concepto positivo del *derecho hereditario*, su naturaleza e inscripción (requisitos, valor y eficacia de la misma), gravamen, embargo y retracto. La materia se halla desarrollada con tanta sencillez como claridad, y enriquecida con notas doctrinales y copiosas citas de sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección de los Registros.

LA REDACCIÓN.

ALBERTARIO (EMILIO).—*La riforma del Codice civile. Il libro primo*. Un folleto de 86 páginas.—Milán, 1939.

En este sugestivo opúsculo resume el notable romanista las explicaciones dadas en los cursos de perfeccionamiento para funcionarios judiciales, profesados con motivo de la reforma italiana en materia de codificación civil.

Después de referirse con elogio al Código de 1865, razona la necesidad que venía sintiéndose de modificarlo: setenta años de existencia son mucho en la vida de un Código. Además, el nuevo régimen tenía que coronar su obra; el *novus ordo* en la esfera del Derecho público había de repercutir en la del Derecho privado. De ahí la reciente codificación, en que *el Estado no está nunca ausente*.

Expone seguidamente las innovaciones de mayor trascendencia que presenta el nuevo Libro I del Código (única parte de que se ocupa): desde el punto de vista de la ordenación, una Sistemática superior a la del viejo Código; adecuada regulación de las personas jurídicas; inclusión de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en la Sección dedicada

al matrimonio; formación de un título propio y orgánico con los preceptos antes dispersos respecto a alimentos, etc., etc.

En cuanto a las instituciones en sí, subraya el intervencionismo del Poder público en el nacimiento de las personas jurídicas; pone de relieve la fundamental reforma de la ausencia; pondera las normas sobre celebración del matrimonio civil; interpreta en sentido amplio el criterio de que la educación ha de darse según la Moral y el sentimiento nacional fascista (quedando, por tanto, comprendidos los casos todos en que hay obligación de educar); explica las novedades que entrañan el patrimonio familiar, la posibilidad de constituir o aumentar dote *constante matrimonio*, las reglas sobre filiación ilegítima, el concepto de la patria potestad como función, *officium* o *munus*, el remozamiento de la adopción y la introducción del prohiamiento; ensalza las innovaciones "múltiples y vastas", introducidas para asegurar la máxima eficacia al organismo tutelar, que revelan un interés público en la materia; por último, hace que se destaquen, como otras tantas líneas directrices de la reforma llevada a cabo, el desarrollo dado al principio de publicidad en favor de terceros, la preocupación por reconocer una cierta personalidad al menor (cuya audiencia y aun asentimiento se requiere en no pocas ocasiones), y la minuciosa y precisa reglamentación de las acciones de nulidad.

Con la pericia proverbial en jurista tan relevante, y con la autoridad que le presta su colaboración en los trabajos preparatorios, Albertario traza un panorama sintético y exacto que permite una visión acertada de los propósitos y alcance de la reforma, y termina invocando palabras de Scialoja (de quien se proclama discípulo), cuando en 1923 dijo en el Senado: "Querer hacer Leyes que no estén a la altura de los tiempos y que no puedan en su caso tomar como modelo los legisladores de los demás Países civilizados, sería cometer un aborto; y el aborto provocado constituye delito. No sería adecuado a la dignidad de nuestro País, al nombre glorioso de Italia en la Historia del Derecho y a las aspiraciones que nos animan a todos en este momento, el proponernos hacer un Código civil, es decir, la Ley más importante del Estado, que no hubiera de resultar obra excelente."

N. P. S.

BARASSI (LODOVICO).—*Istituzioni di Diritto privato. 2.ª ediz., secondo i nuovi libri del Codice civile.*—Un vol., en 4.º, de 474 págs.—Milán, 1940 (XVIII).

Un libro de "Instituciones" cuya materia sea el "Derecho privado" plantea la doble cuestión que estos mismos enunciados entrañan. De una parte, no puede ser un Compendio de meras nociones, ni tampoco lograr el pleno desarrollo que exige un Tratado fundamental. De otra parte, no ha de limitarse al Derecho civil, pero le está vedado abarcar toda la materia de lo que no sea estrictamente Derecho público. El Autor hace frente con gallardía a ambas dificultades. En primer término procura siempre aquellas condiciones de sistemática rigurosa, claridad y dogmatismo que resultan inevitables en toda obra didáctica elemental. En segundo lugar, cuida escrupulosamente de presentar junto al Derecho común o civil, los temas mercantiles, sin que falten incidentales alusiones a otros sectores (el Derecho laboral, por ejemplo).

Contiene el libro una Parte general y cuatro grandes Tratados, consagrados respectivamente a los Derechos reales, las Obligaciones, el Derecho de familia y el Derecho sucesorio, todo ello armónicamente distribuido, con subdivisión en amplios Capítulos y numeración correlativa de párrafos. En la Parte general, ahora tan en discusión, va estudiando el Derecho objetivo y el subjetivo, examinando respecto a éste los problemas de personalidad, nacimiento y ejercicio. Como derecho real primario analiza la propiedad, ocupándose después de los derechos reales de disfrute, más tarde de los derechos reales de garantía, y finalmente de la posesión. En la materia de obligaciones expone los conceptos generales, el cumplimiento y demás formas de extinción y los varios tipos de contrato, que cataloga atendiendo al carácter gratuito (donación, mandato, etc.) u oneroso, el cual a su vez puede dar lugar a relaciones de cambio (venta, permuta), o a posiciones contrapuestas (juego y apuesta), o bien a situaciones de tipo asociacional (Sociedad, aparcería, etc.); aparte de otros tipos contractuales, que pueden ser de base gratuita u onerosa (mutuo, renta vitalicia, etc.), o de las figuras encaminadas a dirimir incertidumbres jurídicas (transacción, compromiso). En el Derecho de familia desarrolla sucesivamente lo relativo a familia legítima, familia natural y adoptiva y lo referente a "Asistencia y protección" (alimentos, tutela, prohijamiento, emancipación e incapacidades). Por

último, el Derecho sucesorio se desenvuelve en estos apartados: Principios generales y delación legítima; sucesión testamentaria; y Efectos de la delación hereditaria (ejecución del testamento, herencia yacente, aceptación y renuncia de la herencia, beneficio de inventario, relación entre coherederos, colación y partición).

La índole de la obra le impone un sentido más expositivo que crítico, aunque se insinúan a veces las discrepancias de apreciación en la doctrina; pero nunca se echa de menos un diáfano espíritu orientador. El texto va limpio de notas, citas y referencias entorpecedoras, si bien cada párrafo contiene sucinta indicación de Bibliografía italiana selecta. El libro resulta, por tanto, de lectura grata, y provechosísimo como Manual para adquirir noticia general y completa de la esfera que abarca. Podrá discutirse en algún caso la Sistemática, no ya por la reacción hoy existente contra el plan germánico (apreciable en la propia Alemania), sino porque en esta clase de publicaciones, donde tanto interés ofrece la inclusión de un determinado instituto jurídico en este o el otro sector, puede extrañar al alumno el ver colocada, v. gr., la copropiedad entre las limitaciones del dominio, al lado del usufructo, aunque ello responda a convicción que razona el Autor. Asimismo cabrá formular reparo por la interpolación de temas como los títulos de crédito al comienzo del Tratado de Obligaciones, entre el concepto de éstas y el estudio de la pluralidad de sujetos. Quizás pudiera incluso estimarse que la visión conjunta y formativa se dificulta un tanto cuando aparecen entremezcladas las instituciones normales civiles con las específicas de orden comercial. Pero en contraposición a estos insignificantes lunares, ha de hacerse justicia al esfuerzo que supone empresa tan espinosa como la acometida, y que con admirable concisión realiza el Autor en un volumen reducido, lleno de positivo encanto. A ello ha de añadirse el interés que presenta la incorporación de las nuevas disposiciones, ya del reciente Código civil, ya de textos complementarios.

N. P. S.